

ERIC DINIZ CASIMIRO

DIREITO DO PACIENTE A TRATAMENTO MÉDICO ALTERNATIVO, REFERENTE À TRANSFUSÃO DE SANGUE



Brasília - DF

2008
ERIC DINIZ CASIMIRO

DIREITO DO PACIENTE A TRATAMENTO MÉDICO ALTERNATIVO, REFERENTE À TRANSFUSÃO DE SANGUE

Monografia apresentada ao Curso de
Especialização Telepresencial e Virtual em
Direito Constitucional, na modalidade Formação
para o Mercado de Trabalho, como requisito
parcial à obtenção do grau de especialista em
Ciências Penais

Universidade do Sul de Santa Catarina –
UNISUL
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - REDE LFG

Orientador: Prof^ª. Simone Born de Oliveira

Brasília - DF
2008

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, as Coordenações do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca da monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Brasília – DF, 20 de maio de 2008.

ERIC DINIZ CASIMIRO

ERIC DINIZ CASIMIRO

**DIREITO DO PACIENTE A TRATAMENTO MÉDICO ALTERNATIVO,
REFERENTE À TRANSFUSÃO DE SANGUE**

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade do Sul de Santa Catarina, em convênio com a Rede Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG e com o Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília – DF, 20 de maio de 2008.

Consciência, digo eu, não a tua, mas a da outra pessoa. Pois, por que haveria de ser julgada a minha liberdade pela consciência de outra pessoa? (1 Coríntios 10: 29)

RESUMO

O direito de escolha do paciente ao tratamento médico é um assunto bastante discutido na atualidade devido ao surgimento de novas técnicas cirúrgicas. Entretanto, muitas vezes, a opinião médica sobre certo tratamento se confronta com princípios éticos, morais e religiosos do paciente, ou mesmo, o paciente prefere um tratamento diverso daquele indicado pelo médico por razões estritamente pessoais.

Essa divergência de opiniões tem como fundamento o bem maior de todos – a vida. Surge então a questão crucial: teria o médico total liberdade para fazer aquilo que achasse necessário, a fim de salvar a vida do paciente, mesmo que este tenha expressamente informado que não aceitaria determinado tratamento médico?

O objetivo desse trabalho, portanto, é esclarecer se existem limitações para o médico realizar um tratamento que o paciente não queira, bem como analisar o direito deste de escolher um determinado tratamento, ou mesmo de recusar, especificamente, as transfusões de sangue, à luz dos princípios e garantias previstas no Texto Constitucional.

Dessa forma, ao iniciar o estudo deste tema, convém que estejamos com disposição mental suficiente para quebrarmos os paradigmas pessoais e usarmos de empatia aos interesses e desejos alheios, livres de parcialidade. É esse o objetivo que pretendemos alcançar ao final deste trabalho.

SUMÁRIO

| | |
|---|--------------------------------------|
| INTRODUÇÃO | 6 |
| CAPÍTULO I | 9 |
| 1. OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS | 9 |
| 1.1. A Liberdade e a Legalidade | 11 |
| 1.2. O Direito à Vida..... | 13 |
| 1.2.1. A dignidade da pessoa humana | 14 |
| 1.3. O Direito à Privacidade..... | 17 |
| 1.4. A Liberdade de Religião | 20 |
| 1.4.1. Aspectos históricos da liberdade religiosa..... | 20 |
| 1.4.2. Liberdade de consciência e de crença..... | 21 |
| 1.4.3. Liberdade de culto | 24 |
| 1.4.4. Não privação de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica | 25 |
| CAPÍTULO II..... | 28 |
| 2. CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS..... | 28 |
| CAPÍTULO III | 41 |
| 3. O TRATAMENTO MÉDICO E AS TRANSFUSÕES DE SANGUE..... | 41 |
| 3.1. Algumas Teorias Concernentes à Licitude do Tratamento Médico..... | 41 |
| 3.2. A Incerteza da Prática Médica | 43 |
| 3.3. Fundamentos para a Recusa às Transfusões Sanguíneas | 46 |
| 3.4. O Impacto Emocional da Transfusão de Sangue Imposta | 48 |
| 3.5. A Incerteza das Transfusões | 49 |
| 3.6. Tratamentos Alternativos..... | 54 |
| CAPÍTULO IV..... | 57 |
| 4. A BIOÉTICA MODERNA EO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA | 57 |
| 4.1. A ÉTICA MÉDICA | 57 |
| 4.3. O CONSENTIMENTO ESCLARECIDO..... | 61 |
| 4.4. ‘Autonomia’ no Relacionamento Médico- Paciente | 65 |
| CONCLUSÃO..... | 68 |
| REFERÊNCIAS | Erro! Indicador não definido. |

INTRODUÇÃO

O direito de escolha do paciente ao tratamento médico é um assunto bastante discutido na atualidade, em parte pela crescente interação entre médicos e pacientes. Antigamente, não existiam muitas opções para o tratamento de uma enfermidade, principalmente se a cura desta dependesse de uma transfusão de sangue.

Com o desenvolvimento da ciência médica, houve o surgimento de novas técnicas cirúrgicas, que resultam numa recuperação menos traumática e mais rápida para o paciente. As descobertas nessa área são constantes e progressivas.

Entretanto, muitas vezes, a opinião médica acerca de um tratamento se confronta com princípios éticos, morais e religiosos do paciente, ou mesmo, o paciente prefere um tratamento diverso daquele indicado pelo médico por razões estritamente pessoais.

Essa divergência de opiniões tem como fundamento o bem maior de todos – a vida do paciente. Surge então a questão crucial: teria o médico total liberdade para fazer aquilo que achasse necessário, a fim de salvar a vida do paciente, mesmo que este tenha expressamente informado que não aceitaria determinado tratamento médico?

O objetivo desse trabalho, portanto, é esclarecer se existem limitações para o médico realizar certo tratamento que o paciente não queira, bem como analisar o direito do paciente de escolher um determinado tratamento, ou mesmo de recusar as transfusões de sangue. É o que ocorre com um grupo bastante numeroso em todo o globo – mais de seis milhões em toda a Terra, as Testemunhas de Jeová – que recusam tratamento que envolva o uso total do sangue. Isso porque crêem que a Bíblia, como sendo a Palavra de Deus, possui conselhos sobre como levar a melhor forma de vida. Assim, devido a princípios fundamentais intrínsecos à sua própria razão de viver, recusam transfusões de sangue, por encararem o sangue como sendo algo sagrado e com sérias restrições bíblicas.

Vivemos em uma sociedade pluralista, em que é imprescindível a necessidade

de um profundo respeito pelos valores pessoais de cada indivíduo. E justamente devido a esse pluralismo, é de se esperar que haja discordâncias de opiniões, inclusive em assuntos de tratamento de saúde.

Entender a razão dos conflitos sobre decisões quanto a que e como tratar, que freqüentemente resultam de diferentes percepções dos fatos, emoções, valores culturais ou mesmo religiosos, é o ponto de partida para a compreensão dos direitos fundamentais envolvidos, que integram a temática abordada – o direito de escolha do paciente ao tratamento que lhe repute ser melhor, respeitando motivos inerentes à sua própria pessoa.

Utilizar-se-á nesta pesquisa o método dedutivo, partindo de uma análise abrangente do sistema normativo, dos princípios básicos da Lei Maior pertinentes, para então racionalizar o particular, e destacar-se a realidade social. O estudo envolverá as pesquisas bibliográficas, desenvolvidas através de compilação, coleta de dados (fichamentos, resumos), pesquisas documentais (revistas especializadas, periódicos, dicionários jurídicos, pareceres de renomados estudiosos, e da Internet), bem como de pesquisa legislativa, e por fim, a análise crítica dos dados.

A premissa básica conferida ao cidadão pelo Estado também será objeto de estudo, ou seja, as liberdades individuais, que envolvem o poder de disposição do titular de um bem jurídico inerente à saúde e a garantia de que ninguém pode ser compelido a se submeter a um tratamento médico contra a sua vontade, ainda que seja acometido por uma doença grave.

É de suma importância, portanto, a análise de nossos direitos protegidos pelas garantias presentes no Texto Constitucional, que se evidenciam na aplicação ao caso concreto. Deve-se destacar, também, que nessa aplicação podem surgir situações que podem conflitar-se na prática, o que convém uma análise apurada dos fatos.

Analisaremos também o princípio do consentimento esclarecido, se existem alternativas possíveis quando há a recusa de uma terapia transfusional ou de um tratamento

específico que não seja aceito pelo paciente.

Portanto, ao iniciar o estudo deste tema, convém que estejamos com disposição mental suficiente para quebrarmos os paradigmas pessoais e usarmos de empatia aos interesses e desejos alheios, livres de parcialidade. É esse o objetivo que pretendemos alcançar ao final deste trabalho.

CAPÍTULO I

1. OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais do Homem, também chamados de Direitos Individuais, designam o complexo de princípios informadores de todo o ordenamento jurídico¹, e estão presentes em grande parte no artigo 5º da Constituição Federal do Brasil.

A idéia clássica de Constituição está diretamente relacionada com a finalidade à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana². Dessa forma, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 16 exprime que: “Não tem constituição a sociedade na qual não são assegurados os direitos (fundamentais) nem estabelecida a separação dos poderes”.

O reconhecimento dos direitos fundamentais corresponde a uma convicção profundamente arraigada na consciência humana. Ou seja, a de que acima das leis positivas, há um direito, ao qual estas devem se conformar, para serem válidas e eficazes. Do direito resultam projeções, faculdades, que resguardam a dignidade de cada um dos seres humanos.

Direitos não se confundem com garantias, porque

[...] no texto da Lei Fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem direitos; estas, as garantias: e que muitas vezes se juntam na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.³

Assim, as garantias fundamentais são recursos jurídicos destinados a efetivar os direitos que asseguram. A realização concreta dos benefícios e prerrogativas, contidas nas

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 6ª ed. 1993, p. 369.

² GSCHWENDTNER, Loacir. *Direitos Fundamentais*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075>>. Acesso em: 12/02/2008.

³ BARBOSA, Ruy. *República: teoria e prática*. Petrópolis-Brasília: Ed. Vozes/Câmara dos Deputados, 1978, p. 121.

normas definidoras de direitos fundamentais, depende da instrumentalização das garantias.⁴ Estas, portanto, são indispensáveis para a concreção dos direitos. Dentro desses parâmetros, *Maurice Hauriou* defende que “nada vale um direito ser reconhecido ou declarado, caso não possa ser garantido, pois existirão momentos em que ele poderá ser alvo de discussão e até de violação”.⁵ Assim, entende-se que para um direito ser reconhecido, ele deverá, antes de mais nada, ser garantido.

Entretanto, verifica-se que a sistemática adotada pelo constituinte de 1988, destoa da lição de Ruy Barbosa, no sentido de que aquela não separa com exatidão os direitos das garantias fundamentais, cabendo ao intérprete distinguir um do outro.

Em relação aos destinatários, os direitos e garantias fundamentais são dirigidos primariamente ao Poder Público, e em segundo lugar aos indivíduos. Os indivíduos passam a ser destinatários a partir do momento em que o Poder Público, ao aplicar a norma ao caso concreto, as torna efetivas, obtendo como fim a eficácia social.⁶

Junto às garantias fundamentais, temos aquelas que são de suma importância nas relações sociais, principalmente no tocante à relação médico-paciente, a fim de salvaguardar o bem mais precioso de todos - a vida. Estas garantias fundamentais compreendem técnicas de limitação das arbitrariedades do Poder Público contra toda e qualquer forma de discriminação à pessoa humana.

As garantias fundamentais se esboçam por meio de princípios, como por exemplo, os princípios da liberdade e da legalidade, da liberdade de consciência e de crença, princípio da privacidade, da dignidade da pessoa humana, entre outros; os quais analisaremos neste trabalho, com o fito de esclarecer todos os direitos que os pacientes possuem, no momento das escolhas e das recusas dos tratamentos médicos ofertados.

⁴ SILVA, Jose Afonso da. *Garantias Econômicas, políticas e Jurídicas da eficácia dos Direitos sociais*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=207>. Acesso em: 18/02/2008.

⁵ HAURIU, Maurice. *Derecho Público y constitucional*. Trad. Carlos Ruiz del Castillo, 2. ed.: Madrid, Ed. Reus, s.d., p.135

⁶ FARIA, Miguel José. *Direitos fundamentais e direitos do homem*. 3ª ed. rev. e ampl.- Lisboa: 2001, p. 336.

1.1. A Liberdade e a Legalidade

Liberdade. Uma palavra de muitos significados, principalmente se levado em conta o sentimento que ela provoca nos seres humanos. Numa visão primária, podemos defini-la como sendo a faculdade que cada pessoa tem de decidir ou agir segundo a sua própria vontade, ou melhor, sobre sua própria determinação. Em relação ao campo social e jurídico, pode-se conceituá-la como sendo o poder de agir de cada pessoa, dentro de uma sociedade, segundo a sua determinação, desde que respeitados os limites impostos pela lei. Também é possível concebê-la como a faculdade de fazer tudo aquilo que não é proibido pela lei.⁷

Como se nota, devido à multiplicidade de sentidos existentes para ela, é importante que atentemos para o fato de que o conceito de liberdade é um dos mais fundamentais. Ele não pode ser reduzido a uma única significação, pois se trata de um valor superior do ordenamento jurídico.⁸

Quando se afirma que a liberdade integra aquele núcleo superior da Constituição, quer-se apenas esclarecer que, não obstante o princípio da unidade da Carta Magna, nada impede que se considere uma certa hierarquia valorativa, alçando-se aquelas normas que são fundamentais a uma posição de proeminência em relação às demais, especialmente no que se refere à sua utilização como critério interpretativo das demais normas.⁹

A liberdade assume a forma de um valor quando se verifica o teor do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que reza:

[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes[...].

⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 89.

⁸ Ibid, p. 92.

⁹ GSHWENDTNER, Loacir. *Direitos Fundamentais*. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina>>. Acesso em: 10/08/2004.

A própria Constituição retornará o seu tratamento em diversos outros momentos, como na liberdade de locomoção, de pensamento, de associação, de expressão e comunicação. Não fosse suficiente a menção ao *caput* do artigo 5º, veio a Constituição Federal de 1988 adensar consistência a essa liberdade através de sua ênfase em diversas situações específicas, como por exemplo, no âmbito da consciência e da crença e seu consectário lógico que é a liberdade de expressão.

A liberdade é aquela área da atuação humana não vedada pela lei.¹⁰ É por esta razão que manifestações meramente interiores, como as psicológicas, não têm relevância jurídica, a não ser para a apuração de efeitos penais.

Reza o artigo 5º, inciso II, da Lei Maior que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Não era outro o sentido dado à legalidade pelo artigo 5º da Declaração de 1789, embora esteja redigido de outra maneira: “tudo o que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena”.

O princípio da legalidade não é senão outro caminho tomado pela liberdade, com o que está, simultaneamente, assegurado um campo de autonomia. Mas este campo não é pré-fixado com precisão pela Carta Magna, ou melhor, a Lei Suprema dita um requisito para que exista a restrição à liberdade. Esta restrição consiste na necessidade de lei, com o que fica implícito que a restrição à liberdade pode existir. É dizer, as leis dotadas de caráter genérico e abstrato definem diversas situações, deixando uma margem de liberdade - um espaço para fazer ou não alguma coisa.¹¹

Sobre a liberdade de ação e legalidade, escreve José Afonso da Silva:

O grande Pimenta Bueno já dizia no século passado que a liberdade não é pois exceção, é sim regra geral, o princípio absoluto, o Direito positivo; a proibição, a restrição, isso sim é que são as exceções, e que por isso mesmo

¹⁰ BARBOSA, 1978, p. 125.

¹² SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 5ª ed., 1989, p. 365-366.

¹⁴ SILVA, op. cit., p. 365-367.

precisam ser provadas, achar-se expressamente pronunciadas pela lei, e não por modo duvidoso, sim forma, positivo; tudo o mais é sofisma. [...] Em dúvida- conclui- prevalece a liberdade, porque é o direito, que não se restringe por suposições ou arbítrio, que vigora, porque é *facultas ejus, quod facere, nisi quid jure prohibet*.¹²

Em última análise, a liberdade não consiste em uma vida livre das peias sociais ou jurídicas, mas é constituída como uma espécie de resíduo deixado pela enunciação das obrigações de fazer ou não fazer pelos instrumentos adequados para tanto (leis).

A todos nós é dada a liberdade de escolha. Restringir essa liberdade, seja quanto à escolha do tratamento médico, ou mesmo, quanto a outra escolha pessoal a qual possamos nos deparar – desde que esta não viole as normas vigentes no Estado -, seria desrespeitar o indivíduo como ser humano, e, conseqüentemente, tirar-lhe sua própria natureza de ser. Este princípio, portanto, é basilar para o paciente que espera ter sua escolha de tratamento médico respeitada.

1.2. O Direito à Vida

O direito à vida é o pressuposto e o fundamento de todos os demais direitos. Por isso mesmo, esse direito é tido como fundamental pelo nosso atual Texto Constitucional, estando consagrado no seu art. 5º. Este é um direito essencialmente contra o Estado, que deve preservar a vida e atuar positivamente no sentido de resguardar tal direito. Isto significa que o Estado há de prover a necessária e adequada segurança pública, que impeça inclusive os demais particulares de desrespeitarem este sagrado direito.¹³

O direito à vida, contudo, não se esgota nesse “direito contra o Estado” pela continuidade da vida. Significa, ainda, como assinala a doutrina mais moderna, que o indivíduo possa encontrar meios de prover a si mesmo e, quando não for capaz de fazê-lo, que o indivíduo possa contar com o apoio do Estado, que deve prover aquele mínimo necessário

¹² SILVA, apud Pimenta Bueno, 1989, p. 365-366.

¹³ Idem. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros, 20ª ed., 2001, p. 196-197.

para assegurar as condições básicas na preservação da vida. Assim, o Estado há de fornecer, àqueles que se mostrem incapazes de prover o seu próprio sustento, condições de saúde, higiene, transporte, alimentação e educação.

Neste último sentido, o direito à vida costuma ser atrelado à idéia de dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.¹⁴ O conteúdo jurídico do direito à vida, pois, orienta-se por assegurar a inviolabilidade desta como um bem jurídico de maior grandeza.

Portanto, a vida, no texto constitucional, não deve ser considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto - atividade funcional, peculiar à matéria orgânica -, mas na sua acepção biográfica (segundo a história da vida da pessoa). A vida é dinâmica, ou seja, é um processo.¹⁵

Também, a Constituição assegura a inviolabilidade do direito à vida, assim como o faz quanto à liberdade, intimidade, vida privada, e outros tantos valores albergados constitucionalmente. Por inviolabilidade deve compreender-se a proteção de certos valores constitucionais contra terceiros. Já a indisponibilidade alcança a própria pessoa envolvida, que se vê constrangida já que não se lhe reconhece qualquer discricionariedade em desprender-se de determinados direitos. E a Carta Magna garante não em indisponibilidade, mas a “inviolabilidade do direito à vida” (art. 5º, *caput*).

1.2.1. A dignidade da pessoa humana

Um dos fundamentos do Estado brasileiro é a dignidade da pessoa humana.¹⁶ A dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais do homem, expressos na Constituição. Daí envolver o direito à vida, os direitos pessoais tradicionais, mas também os

¹⁴ SILVA, 2001, p. 196.

¹⁵ Ibid, p. 196.

¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Senado. Artigo 1º.

direitos sociais, econômicos, educacionais, bem como as liberdades públicas em geral.¹⁷

A dignidade humana se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida. Traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que somente excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.¹⁸

Ao proclamar a dignidade da pessoa humana, o texto constitucional corrobora para um imperativo de justiça social.

A dignidade da pessoa humana é um vetor determinante da atividade exegética da Constituição de 1988, abrangendo três dimensões, em que a primeira é a fundamentadora, ou seja, núcleo basilar e informativo de todo o sistema jurídico-positivo; a orientadora, em que estabelece metas ou finalidades predeterminadas, que fazem ilegítima qualquer disposição normativa que persiga fins distintos, ou que obstaculize a consecução de fins enunciados pelo sistema axiológico constitucional, e por último, a crítica em relação às condutas.

Seja como for, a dignidade da pessoa humana é o carro-chefe dos direitos fundamentais na Constituição, empregando-lhe uma tônica especial, por condicionar a atividade do intérprete. Isso porque os princípios são as idéias centrais de um sistema, que dão sentido lógico, harmonioso, racional ao todo, e que deve balizar as decisões jurisdicionais quando a interpretação jurídica der margem à ambigüidade.¹⁹

Dignidade da pessoa humana é o princípio segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim e não como um meio. O Estado deve procurar fazer com que o ser

¹⁷ CANOTILHO, Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 1099. In: O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, p. 39.

¹⁸ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da república Federativa do Brasil*, doutrina e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 60.

¹⁹ FARIA, 2001, p. 334.

humano realize seus valores e ideais.²⁰ As palavras de Fernando Ferreira dos Santos sobre o conceito de pessoa e de dignidade nos diz que:

Não há, nos povos antigos, o conceito de pessoa tal como o conhecemos hoje. O homem, para a filosofia grega, era um animal político ou social, como em Aristóteles, cujo ser era a cidadania, o fato de pertencer ao Estado, que estava em íntima conexão com o Cosmos, com a natureza [...]. O conceito de pessoa, como categoria espiritual, como subjetividade, que possui valor em si mesmo, como ser de fins absolutos, e que, em consequência, é possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais e possui dignidade, surge com o Cristianismo, com a chamada filosofia patrística, sendo depois desenvolvida pelos escolásticos.²¹

Conclui o referido autor da seguinte forma

A proclamação do valor distinto da pessoa humana terá como consequência lógica a afirmação de direitos específicos de cada homem, o reconhecimento de que, na vida social, ele, homem, não se confunde com a vida do Estado, além de provocar um deslocamento do Direito do plano do estado para o plano do indivíduo, em busca de necessário equilíbrio entre a liberdade e autoridade.²²

O objetivo, como observado, é manter um “necessário equilíbrio” entre esses dois valores, o que é um desafio para qualquer Estado. O Brasil, como Estado Democrático de Direito que é, visa tal equilíbrio.

No entanto, qualquer intervenção estatal nesta seara, como mandado judicial requerido por médicos para transfundir sangue em adultos, contra seu desejo, ou em filhos de Testemunhas de Jeová contra o consentimento de seus pais, deverá ser submetido a cuidadosa análise, sob pena de estar-se violando frontalmente a dignidade da pessoa humana.

A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público. Conforme coloca Luiz Alberto David Araújo

[...] a expressão dignidade da pessoa humana tem um forte conteúdo moral, mas os autores constitucionalistas procuram deixar claro que não foi esse aspecto que o legislador pretendeu evidenciar. O que se buscou enfatizar foi o fato de o Estado ter, como um de seus objetivos, proporcionar todos os meios para que as pessoas possam ser dignas.²³

Portanto, podemos dizer que o constituinte quis, ao assegurar o direito à vida,

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1998, p. 284.

²¹ SANTOS, Fernando Ferreira. *Princípio Constitucional da dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos editor; Instituto Brasileiro de Direito constitucional, 1999, p. 89.

²² Ibid, p. 92.

²³ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional do Transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 102.

proteger não só a integridade física, mas os valores da pessoa, e também assegurar a todos uma existência digna.

1.3. O Direito à Privacidade

Diante das condições de vida do mundo contemporâneo, o direito fundamental à privacidade é projeção da dignidade da pessoa humana universalmente reconhecida.²⁴

Com o desenvolvimento tecnológico, principalmente dos meios de comunicação em massa, passou a lardear a vida de todos a possibilidade de uma devassa da vida íntima das pessoas, a qual não se vislumbrava por ocasião das primeiras declarações de direitos.

Entretanto, esse direito não é novo. Há um século já se reconhece esse direito (*right to privacy*) nos Estados Unidos da América. Marco dessa afirmação é o famoso artigo de *Warren e Brandeis, The right to privacy* (O direito à privacidade) publicado em 1890, sendo objeto de abundante jurisprudência da Suprema Corte Americana.

Embora reconhecida a mais de um século, foi apenas depois da segunda guerra mundial que foi explicitada a existência e a garantia desse direito nos documentos internacionais e nas constituições nacionais.

No plano internacional, o direito à privacidade aparece expressamente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, cujo artigo 12 dispõe que

Ninguém será objeto de invasões arbitrárias em sua vida privada, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados à sua honra e à sua reputação. Todos têm direito à proteção da lei contra tais invasões ou atentados.²⁵

Também, a Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, de 1969, artigo 11, é expressa

Proteção da honra e da intimidade. 1- Toda pessoa tem direito ao respeito de

²⁴ SILVA, Jose Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 177.

²⁵ Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, artigo 12.

sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2- Ninguém pode ser objeto de interferências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na sua família, em sua casa ou em sua correspondência, ou de ataques ilegais à sua honra ou reputação. 3- toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais influências ou ataques.

A Constituição de 1988 é expressa neste sentido ao esclarecer, em seu artigo 5º, inciso X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Dentro do conceito de privacidade, convém analisar se em sua extensão, restringe-se o direito de escolha do paciente a um determinado tratamento, e se a solução para o caso pode albergar-se neste princípio, sem prejuízo da invocação de outros.

O direito à imagem, bem como os direitos à privacidade e à honra são direitos autônomos.²⁶ Isso implica no fato de que a proteção outorgada a cada um deles não depende da violação do outro.

O direito à vida privada, que é o direito que nos interessa analisar, tendo em vista o conteúdo do trabalho, consiste, fundamentalmente, na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar.²⁷

A respeito do conceito de vida privada, são esclarecedoras as considerações de Eduardo Novoa Monreal, que diz:

[...] consiste essencialmente em poder conduzir sua vida como se pretender, com um mínimo de ingerências. É concernente à vida privada, à vida familiar, à integridade física e moral, à honra, e à reputação, ao fato de não ser flagrado sob uma falsa aparência, à não divulgação de fatos inúteis e embaraçosos, à publicação de fotografias sem autorização, à proteção contra espionagem e as indiscrições injustificáveis ou inadmissíveis, à proteção contra a utilização abusiva das comunicações privadas, ou a proteção contra a divulgação de informações emitidas ou recebidas confidencialmente por um particular.²⁸

Assim, cada pessoa teria o direito de ter uma esfera secreta de vida, com o

²⁶ BITAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.85.

²⁷ Cf. José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13a .edição, Malheiros, São Paulo, 1997, p. 106.

²⁸ MONREAL, Eduardo Novoa. *Derecho a la vida privada y libertad de Información*, Madrid, 1994. p. 120.

afastamento de terceiros. Contudo, não é fácil demarcar com precisão o campo protegido pela Constituição quando trata da vida privada e da intimidade. É preciso notar que cada época dá lugar a um tipo específico de privacidade. Atualmente, é preciso levar em consideração todas as variantes da vida moderna, incluindo-se a questão delicada que se apresenta neste estudo e que, indiretamente, reporta-se ao problema da intimidade naquilo que diz respeito à ingerência estatal sobre a própria integridade física do indivíduo.

Neste contexto, é lugar comum afirmar que a existência da vida privada está crescentemente ameaçada pelo desenvolvimento técnico-industrial, bem como pelo processo de globalização presenciado no mundo. Ademais, não se costuma identificar com propriedade e abrangência todas as ocorrências da referida intromissão indevida da tecnologia na vida privada.²⁹ Um dos aspectos que se poderia levantar diz respeito exatamente à transfusão de sangue, possibilitado pelos avanços da medicina, mas que atinge, inegavelmente, a esfera física do indivíduo, sua integridade corporal e psicológica.

Há que se levar em conta que o direito à vida privada representa aspiração universal, cabendo aos Estados a responsabilidade de sua tutela efetiva, ainda que as violações cometidas pratiquem-se sob a alegação de terapias próprias da medicina e, assim, como algo que estaria sendo adotado a favor do interessado.

No que tange à tutela da vida privada cumpre dizer que esta apresenta-se de forma multifrontal, porquanto não se pode dela dizer que seja apenas uma expressão de um ou de outro direito. Ela não integra unicamente o direito à segurança ou o direito à liberdade. É mais abrangente, conforme consideraremos a seguir.

Na legislação penal básica, o primeiro dos títulos da Parte Especial é destinado à catalogação dos crimes contra a pessoa, expressão ampla onde estão elencados os crimes contra a vida, as lesões corporais, os delitos de periclitção da vida e da saúde e, ainda em meio a outros, os crimes contra a honra. Ora, precisamente a honra é um dos valores

²⁹ GONZALES, Douglas Camarinha. *O direito à privacidade e à comunicação eletrônica*. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/civil/douglas_gonzales.htm>. Acesso em: 10/03/08.

constitucionais assegurados no mesmo plano da intimidade, da vida privada e da imagem, o que faz crer que estas também sejam expressões da pessoa, ladeando a própria vida, adjetivando-a, imprimindo-lhe valores e dimensões contemporâneos e salvaguardando-as dos constantes abusos que está submetida.³⁰ Mas a intimidade e a vida privada são também expressões de direito à liberdade e do direito à segurança.

Neste caso, fica esclarecido que a vida privada também encontra representação na liberdade individual, da qual não se pode afastar, além de implicar no direito à existência pessoal.

Quando o Estado determina a realização de uma transfusão de sangue – ocorrência fenomênica que não pode ser revertida – fica claro que violenta a vida privada e a intimidade das pessoas no plano da liberdade individual. Mascara-se, contudo, a intervenção indevida, com o manto da atividade terapêutica benéfica ao cidadão atingido pela decisão. Paradoxalmente, há também o recuso argumentativo aos ‘motivos humanitários’ da prática, quando na realidade mutila-se a liberdade individual de cada ser, sob múltiplos aspectos.

1.4. A Liberdade de Religião

1.4.1. Aspectos históricos da liberdade religiosa

Desde a antiguidade é notório o conflito entre os deveres religiosos e os comandos estatais. Os primeiros cristãos o sentiram na Roma dos Césares, muitos pagando com a vida, pelo fato de observarem a lei de Deus, apesar dos editos do Imperador.³¹ E até hoje, por isso, são admirados e louvados, inclusive cultuados. Puseram a fidelidade à crença e às condutas e proibições destas derivadas acima da vida e da liberdade.

A questão da liberdade religiosa ganhou grande importância no mundo

³⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 201.

³¹ ENCICLOPÉDIA MIRADOR INTERNACIONAL, vol. 7, p. 3390-3394.

ocidental, após o protesto de Lutero, no séc. XVI. A divisão da Europa entre ‘católicos’ e ‘protestantes’ provocou perseguições de toda espécie, bem como as sangrentas “guerras de religião” que ensanguentaram o velho mundo por um século e meio.³²

Desse conflito entre cristãos, em torno da liberdade religiosa, porém, iria resultar a reivindicação da liberdade em geral que cresce no século XVIII. Culmina ela com a consagração dos Direitos do Homem, seja na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

De fato, segundo Canotilho, autores como G. Jellinek consideram que “na luta pela liberdade de religião” está “a verdadeira origem dos direitos fundamentais”.³³

A liberdade religiosa, portanto, consiste num feixe de direitos públicos subjetivos, consagrados pela tradição, pelo direito comparado, e pelo direito constitucional positivo brasileiro como fundamentais.³⁴

Essencialmente, ela é o direito de cada ser humano ter sua religião, por escolha livre, segui-la livremente nos seus mandamentos, prestar, segundo estes, o seu culto à divindade, sem ingerência, mas com o apoio do Estado. No Brasil é clara a distinção entre a Igreja e o Estado.³⁵

Jorge Miranda pondera acerca do assunto

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família, ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em que o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres.³⁶

1.4.2. Liberdade de consciência e de crença

³² SILVA, 2000, p. 247-252.

³³ CANOTILHO, 1993, p. 503.

³⁴ SILVA, op. cit, p. 247-252.

³⁵ SILVA, 2000, p. 247-252.

³⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., tomo IV, 2ª ed., 1993, p. 189.

O cerne da liberdade religiosa, todavia, está na liberdade de consciência ou crença.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, inciso IV, dispõe que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

Este dispositivo constitucional concretiza uma das vertentes da livre expressão do pensamento.³⁷ Cuida, especificamente, de assegurar a liberdade de espírito em matéria religiosa e moral. Como já foi dito, à primeira vista, o problema da liberdade do espírito ou do pensamento não se colocaria no plano jurídico, por ocorrer no foro íntimo de cada um. Tal linha de raciocínio, todavia, não resiste a uma análise mais acurada.

Em primeiro lugar, urge notar que a vida espiritual não se desenvolve em comportamentos estanques, estando indiferente às injunções da sociedade. Ao contrário, as condições sociais, econômicas, históricas e culturais influenciam sobremaneira o pensamento individual. O condicionamento deste, por fatores externos, tem-se mostrado tão mais acentuado quanto se desenvolveram os meios de comunicação de massa e as técnicas de formação de opinião.

Em segundo, já ficou constatado que o pensamento não se circunscreve ao domínio do puro espírito. Ele atende à transcendência, quer por sua vocação ao proselitismo, quer pelo simples fato de determinar em boa parte as próprias atitudes individuais. No contexto mesmo da liberdade de pensamento, destaca-se a liberdade de opinião cuja característica é a escolha pelo homem da sua verdade, não importando em que domínio: ideológico, filosófico ou religioso. Ela ganha o nome de liberdade de consciência, quando tem por objeto a moral e a religião.

A recusa do paciente no recebimento de sangue, por meio de uma terapia transfusional, tem muitas vezes como base a sua liberdade religiosa.

³⁷ CANOTILHO, 1993, p. 507.

Conforme ordena a Bíblia em Levítico 17: 13, 14: “não deveis tomar o sangue de carne alguma, pois a vida de toda a carne é o seu sangue. Qualquer pessoa que tomar dele será cortada”.³⁸ As Testemunhas de Jeová entendem, pelo estudo da Bíblia, que devem abster-se do sangue, inclusive por meio de transfusões de sangue. Também no livro de Atos 15: 28 e 29, o apóstolo Paulo reforçou a obediência dos cristãos do primeiro século a não aceitarem sangue, como são reproduzidas aqui suas palavras: “Pareceu bem ao espírito santo e a nós mesmos não vos acrescentar nenhum fardo adicional, exceto as seguintes coisas necessárias: de persistirdes em abster-vos de coisas sacrificadas a ídolos, e de sangue, e de coisas estranguladas, e de fornicção. Se vos guardardes cuidadosamente destas coisas, prosperareis. Boa saúde para vós!”³⁹

Diante da forma clara apresentada pela Bíblia, de que o sangue é sagrado para Deus, e que o seu uso não deve ser feito de forma discriminada, como por ingeri-lo, ou introduzir no corpo pelas veias, as Testemunhas de Jeová recusam transfusões total do sangue.

Assim, a liberdade de consciência e de crença consiste na possibilidade de livre escolha pelo indivíduo da sua orientação religiosa.⁴⁰ No entanto, ela não se limita nesta fé ou crença pessoal, muitas vezes meramente subjetiva (de foro íntimo). Ela envolve todos os consectários que desta liberdade advêm: liberdade de culto e organização religiosa.

O atual Texto Constitucional leva a cabo um retorno às Constituições de 1946 e 1934, onde se apartavam consciência e crença para se proteger a ambas. É esta, sem dúvida, a melhor técnica, pois a liberdade de consciência não se confunde com a de crença. Em primeiro lugar, porque uma consciência livre pode determinar-se no sentido de não ter crença alguma, por exemplo, a liberdade de consciência de ateus e agnósticos, a que é dada proteção jurídica.⁴¹

Em segundo, a liberdade de consciência pode apontar para uma adesão a certos

³⁸ Bíblia em Levítico 17:13, 14.

³⁹ Bíblia em Atos 15: 28,29.

⁴⁰ MIRANDA, 1993, p. 189.

⁴¹ *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2ª. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 235.

valores morais e espirituais que não passam por sistema religioso algum. Exemplo disso são os movimentos pacifistas que, embora tendo por centro um apego à paz e o banimento da guerra, não implicam uma fé religiosa própria.

A atual Constituição não visa proteger aqueles cultos que agridam os valores do sistema. Neste remanesce, por implicitude, a proteção à ordem pública e aos bons costumes. Todo o direito exige que seu exercício não prejudique o direito de outrem, assim como respeite os valores ético-morais, estruturantes de uma sociedade.⁴²

Sabe-se da dificuldade existente na determinação destes valores. Conhece-se a sua evolutividade. Nada disso, contudo, exclui o dever do Estado de policiar o exercício dos direitos individuais, para compatibilizá-los com o bem comum.⁴³ O campo religioso, além de ser por excelência o das faculdades mais elevadas do ser humano,⁴⁴ campo de realização dos anseios mais profundos da alma humana, é também espaço invadido por impostores, charlatães, que desnaturam esta atividade, movidos por toda sorte de vícios. O Estado não pode, pois, deixar de estar alerta, a fim de coibir falsas expressões de religiosidade. Esta há de estar adstrita sempre a dois requisitos essenciais: à boa-fé dos promotores do culto ou da seita e também à exclusão de qualquer prática que, independentemente do seu pretenso caráter religioso, seja atentadora aos princípios da ordem constitucionalmente estabelecida. Ressalta-se que as práticas religiosas das Testemunhas de Jeová em nada violam ordenamento jurídico brasileiro. Conforme continuaremos examinando, a recusa de transfusão de sangue nada mais é do que uma forma de o fiel à sua crença externar a sua fé.

1.4.3. Liberdade de culto

Como já visto, a religião não pode, como de resto acontece com as demais liberdades de pensamento, contentar-se com a sua dimensão espiritual, isto é, enquanto

⁴² SILVA, 1997, p. 110.

⁴³ MIRANDA, 1993, p.189.

⁴⁴ POUND, Roscoe. *Liberdades e garantias constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976. p. 15.

realidade ínsita à alma do indivíduo⁴⁵. Ela vai, contudo, via de regra, procurar uma externalização, o que demanda um aparato, um ritual, uma solenidade mesmo, que a manifestação do pensamento não requer necessariamente, a que se denomina “liberdade de culto”.

Em princípio, ela pode ser exercida em qualquer lugar e não necessariamente nos templos. De qualquer forma, como todas as liberdades, está também não pode ser absoluta⁴⁶. Embora atual Constituição não faça referência expressa à observância da ordem pública e dos bons costumes como fazia a anterior, estes são valores estruturantes de toda ordem normativa, que devem sempre ser observados.

Poder-se-ia inserir, dentro da liberdade de culto, todas as práticas que envolvessem qualquer opção religiosa do indivíduo. Assim, as restrições decorrentes da invocação religiosa estariam, igualmente, albergadas sob este título, sendo certo que, como dito, não há verdadeira liberdade de religião se não se reconhece o direito de livremente orientar-se de acordo com as posições religiosas estabelecidas.⁴⁷

Assim, indaga-se em que estaria violando a ordem constitucional vigente o paciente que se recusa a receber transfusão de sangue? A resposta a esta pergunta não oferece dificuldades: trata-se de uma seara própria de qualquer indivíduo a que não é dado ao Estado penetrar. Aqui não há falar em ofensa à ordem pública, nem tampouco em violação aos bons costumes. A própria Constituição declara, como visto, que é assegurado o livre exercício dos cultos religiosos. Ora, o culto não se exerce apenas em locais pré-determinados, como em igrejas, templos etc. A orientação religiosa há de ser seguida pelo indivíduo em todos os momentos de sua vida, independentemente do local, horário ou situação. De outra forma, não haveria nem liberdade no exercício dos cultos religiosos, mas apenas “proteção aos locais de culto e a suas liturgias” (parte final o inciso VI do art. 5º).

1.4.4. Não privação de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica

⁴⁵ FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Direitos e garantias individuais*. Bauru: Edipro, 1997, p. 447.

⁴⁶ *Ibid*, p. 453.

⁴⁷ ARINOS, Afonso. *Curso de direito constitucional brasileiro*. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 188.

Resta, ainda, examinar outra regra constante da Carta Magna, que diz respeito à não privação de direitos por motivo de crença religiosa e de convicção religiosa, que comporta duas exceções, conforme o art. 5.º, VIII, *in verbis*:

Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Cuida a Constituição, neste passo, da chamada escusa de consciência. É o direito reconhecido ao objetor de não ser compelido a abandonar suas crenças religiosas por imposição estatal.⁴⁸ Isto equivaleria, em última instância, a atribuir ao Poder Público o direito de inviabilizar determinada crença religiosa, minando seus fundamentos e impossibilitando seu culto.

Não se pode deixar de observar algumas mudanças levadas a efeito pela Constituição de 1988 que se tornam mais evidentes se comparadas aos Textos Constitucionais anteriores. A escusa de consciência no Brasil data da Constituição de 1946, estando à época, assim redigida: “por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender a escusa de consciência” (art. 141, § 8º).

Na redação atual, fica certo que, em primeiro lugar, há uma possibilidade de invocação ampla da escusa de consciência, ressalvada para evadir-se o interessado de uma obrigação imposta a alguns ou a muitos, mas não a todos. A regra não prevalece se a invocação se der diante de obrigação legal a todos imposta. Aqui o Texto oferece a possibilidade do cumprimento de uma prestação alternativa fixada em lei. Esta não apresenta ainda um cunho sancionatório. Limita-se a constituir uma forma alternativa de cumprimento da obrigação. Caso, contudo, haja recusa ainda do cumprimento, aí sim é que se abre a

⁴⁸ ARINOS, 1958, p. 188.

oportunidade para aplicação de pena de privação de direitos.

A expressa ressalva constitucional, no sentido de que nem mesmo a obrigação legal poderá anular a liberdade de crença, que prevalecerá sem qualquer punição nos termos acima indicados, bem demonstra o alcance desta liberdade na sistemática constitucional.

Esses princípios constitucionais fundamentais estudados visam demonstrar que o paciente ao recusar uma transfusão sangüínea como forma de tratamento possui o respaldo da Lei Maior.

CAPÍTULO II

2. CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. Colisão de Direitos Fundamentais

Hoje, não se sustenta mais que os direitos fundamentais sejam absolutos. Essa visão é incompatível com a vida social comum.⁴⁹

Todavia, a fundamentabilidade de determinados direitos não se reduz ao aspecto formal de que assim são reconhecidos ou declarados pelas normas jurídicas de valor supremo.⁵⁰ Ela materialmente resulta de serem eles essenciais para cada ser humano, sob pena de sofrer este, no caso de sua perda ou restrição injustificada, uma descaracterização da própria natureza, uma desumanização.⁵¹

Assim, pode ocorrer o conflito entre direitos fundamentais, quais sejam o direito à vida e à liberdade religiosa. Quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular conflita com o exercício de direito fundamental de outro titular ocorre o choque de direitos.⁵² Entretanto, como já demonstrado, tais direitos possuem uma limitabilidade resultante do fato de não serem absolutos.

Na colisão de dois, ou mais, direitos fundamentais, o exercício de um implicará a invasão do âmbito de proteção de outro.⁵³ Um exemplo prático é o que pode ocorrer entre o direito de informação e o direito à vida privada - quando os meios de comunicação relatam fatos pertinentes à vida privada de uma pessoa pública.

Mas, no caso em questão, convém analisar como podemos solucionar um conflito entre normas constitucionais.

Primariamente, cabe ao intérprete buscar uma forma de interpretação em que

⁴⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional do Transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 57.

⁵⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva: 2002, p. 75.

⁵¹ ARAÚJO, op. cit., p. 65.

⁵² Cf. CANOTILHO, 1993:643

⁵³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3 ed. rev. ampl. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 42.

não aniquile uma das normas constitucionais em contradição. Deve-se buscar no interior do sistema, um ponto de equilíbrio, que possibilite a convivência das duas normas constitucionais conflituosas. É o princípio da cedência recíproca.⁵⁴

É de bom alvitre salientar que, inexistente regra geral a ser observada em todas as situações de conflito. Havendo um impasse, deve-se aplicar o princípio da concordância prática ou da harmonização. Somente no caso concreto promover-se-á a conciliação dos direitos.⁵⁵

Conforme nos ensinam Canotilho e Vital Moreira

Os direitos fundamentais só podem ser restringidos quando tal se torne indispensável, e no mínimo necessário, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. No fundo, a problemática da restrição dos direitos fundamentais supõe sempre um conflito positivo de normas constitucionais, a saber entre uma norma consagradora de certo direito fundamental e outra norma consagradora de outro direito ou de diferente interesse constitucional. A regra de solução do conflito é a da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos e da sua mínima restrição compatível com a salvaguarda adequada do outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa.⁵⁶

É certo que a Constituição assegurou a inviolabilidade do direito à vida. Da mesma forma que a Constituição em vários dispositivos, protege a liberdade religiosa, como se observa no artigo 5º, incisos IV (que assegura a liberdade de pensamento); VI (que resguarda a liberdade de consciência e de crença; VIII (que preceitua que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa); e também, no artigo 19, inciso I, que veda aos entes da federação a instituição ou subvenção de cultos religiosos, que estabelece a separação entre Estado e Igreja; e por fim, no artigo 150, V, alínea b, que proíbe aos entes da federação instituir impostos sobre templos de qualquer culto.

Não há falar na prevalência de um ou de outro direito, abstratamente. Só diante de um caso concreto é que se pode optar por um ou outro direito constitucional.⁵⁷

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 185.

⁵⁵ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 165.

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital *in* Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p.134.

⁵⁷ BARROSO, 1996, p. 185.

Considerando-se a existência de conflito concreto entre o direito à vida e a liberdade religiosa, o intérprete deve buscar a melhor interpretação nos princípios constitucionais,⁵⁸ que são normas jurídicas norteadoras de todo sistema jurídico.

Estabelece o título I da Lei Maior os princípios fundamentais. Dentre eles, encontramos no art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana. Podemos concluir que esse princípio se espalha por todos os direitos fundamentais. Assim, não podemos conceber que a Constituição, ao assegurar a inviolabilidade do direito à vida, quis proteger somente o seu aspecto material, a integridade física, mas também os aspectos espirituais que envolvem a vida de uma pessoa. Sem esses aspectos imateriais, a vida humana estaria reduzida a uma condição animal. Portanto, só se pode conceber a proteção constitucional da vida digna.

Nessa situação, obrigar uma pessoa a receber uma transfusão de sangue seria condená-la a ter que viver o resto de seus dias sob eterno tormento e desolação. Seus valores, seus princípios, seriam ignorados. Sua auto-estima ficaria irremediavelmente danificada. Enfim, a pessoa perderia seu objetivo de vida.

Será que condenar uma pessoa ao martírio atende ao princípio da dignidade da pessoa humana? Seria digno exigir do Estado o impedimento da felicidade do indivíduo?

Para a efetiva resposta e solução a tal problema, é imprescindível a noção de alguns elementos do Regime Geral dos Direitos Fundamentais que possam disciplinar os referidos direitos.

Nesse sentido, à busca da relativização⁵⁹ dos direitos fundamentais submete-se, tradicionalmente, por duas possibilidades: a simples reserva legal e a reserva legal qualificada⁶⁰. A primeira, a intervenção limitadora legislativa se dá sem qualquer exigência

⁵⁸ ESPÍNDOLA, 1999, p. 35.

⁵⁹ A idéia da relativização dos direitos não é recente, para Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 24ªed., p.119, "o direito do indivíduo não pode ser absoluto, visto que o absolutismo é sinônimo de soberania. Não sendo o homem soberano na sociedade, o seu direito é, por consequência, simplesmente relativo".

⁶⁰ Cf. MOTTA e DOUGLAS, 2000:54

ou cautela de conteúdo ou finalidade⁶¹; sendo que o segundo, o constituinte deixa nítido a preocupação do conteúdo a ser limitado⁶².

No dizer de GOMES CANOTILHO, fala-se em direitos sujeitos a reserva de lei restritiva quando:

nos preceitos constitucionais se prevê expressamente a possibilidade de limitação dos direitos, liberdades e garantias através de lei. Nesse sentido, normas legais restritivas são aquelas que limitam ou restringem posições que, *prima facie*, se incluem no domínio de proteção dos direitos fundamentais⁶³

Afora esses dois casos, tem-se ainda a chamada reserva legal subsidiária (nos moldes do inciso II do art.5º da CF), ou, como alguns aludem ser restrição implícita da lei, por onde a norma sempre poderá intervir, posto que, não fosse assim, inviabilizaria o exercício livre e responsável dos direitos fundamentais pela sociedade, haja vista que o direito de alguém só será pleno quando o mesmo ou outra pessoa respeitar, cedendo o que for razoável, o direito de outrem.

Importante ressaltar um aspecto ainda interessante quanto à sujeição passiva dos direitos fundamentais que, além de serem normas oponíveis ao Estado, tanto na atuação negativa de violação como positiva em ação, também são opostos entre particulares, chamando-se isto de eficácia horizontal das normas. A este escopo, vale ressaltar o escólio de CELSO BASTOS:

"No início, como já foi visto, os direitos individuais existiam para proteger o indivíduo contra o Estado. Hoje, já se aceita a proteção de um indivíduo contra outro, ou mesmo contra grupos de indivíduos. Isso se deve ao fato de que em um sem-número de situações as ameaças aos direitos fundamentais vêm de outros particulares. (...) Ao particular também cabe o dever de respeitar os direitos individuais. A Constituição de 1988 é expressa nesse sentido ao declarar em seu inciso XLI, do art. 5º que: "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais"⁶⁴.

Basta saber agora como e qual procedimento adotar quando dois titulares de

⁶¹ Exemplos: art.5º, VI, quando se refere à proteção aos locais de culto e suas liturgias; XV, deixa que a lei estabeleça o conceito de associação lícita.

⁶² Exemplo: art.5º, XII, a interceptação da comunicação telefônica deve ser medida de caráter excepcional e a lei deve estabelecer expressamente esses limites razoáveis.

⁶³ CANOTILHO, 1993: 633.

⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 315.

direitos fundamentais restringíveis chocam entre si. Neste iter, tanto a doutrina como a jurisprudência adotam com maestria o juízo de ponderação.

O juízo de ponderação ou harmonização permite resolver situações conflitantes de direitos individuais. Mas tal procedimento não deverá atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforçar-se-á para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação⁶⁵.

É assente que, do Regime dos Direitos Fundamentais, o princípio antropológico e vetor inconfundível da Constituição Federal de 1988 foi o princípio da dignidade da pessoa humana, elevada a princípio expresso no artigo 1º, inciso III, do qual resulta a determinação do núcleo convergente de todas as normas constitucionais

Deixa claro que o constituinte condicionou a idéia de um Estado submisso ao Direito, a vontade popular, tendo valor fundamental e indissociável a dignidade da pessoa humana, pressuposto indubitável a qualquer interpretação e construção legislativa. Portanto, a ponderação terá que sopesar este princípio como elemento convergente e pacificador de conflitos de direitos fundamentais.

Diante do real significado e da primazia da dignidade da pessoa humana no contexto constitucional coteja-se que a pessoa não deverá ser objeto de ofensas ou humilhações, daí o texto constitucional dispor, coerentemente, que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante" (art.5º, III da CF), verificando nítido abuso de direito a invasão na decisão do paciente quanto a escolha que achar melhor.

Buscando também responder questões nesse sentido, Luiz Alberto David Araújo, raciocinou o seguinte:

As respostas levam à necessidade da busca da felicidade, garantida pelo estado. A vida em sociedade tem como finalidade permitir que os indivíduos encontrem sua felicidade, seu bem-estar [...] Ao analisar os pedidos, portanto, o Poder Judiciário deve interpretar a Constituição, conforme os princípios constitucionais, especialmente o fundamento do Estado Democrático de Direito, que tem como objetivo assegurar a dignidade da pessoa humana[...] A infelicidade e a angústia geram situação de

⁶⁵ Cf. MENDES, Ril Ferreira:301.

indignidade.⁶⁶

Ao arrolar e assegurar princípios como o Estado democrático, dignidade da pessoa humana e a necessidade de promoção do bem de todos, sem qualquer preconceito, o constituinte garantiu o direito à felicidade. Ninguém pode conceber que um Estado que tenha como objetivo a promoção do bem possa colaborar para a infelicidade do indivíduo.

A seguir, mais algumas idéias do autor já citado:

Que se entende por um bem de todos, conforme determina o artigo 3º, da Constituição Federal? Certamente, se está a falar de felicidade. E a felicidade não pode ser uma só, um padrão determinado por um grupo de pessoas. A felicidade é um estado de ventura, que atende à multiplicidade de valores e anseios do ser humano, individualmente considerado. Não se pode falar de felicidade geral, mas da felicidade de cada ser humano. A felicidade geral é a soma de felicidades individuais atendidas. Portanto, a busca do fim social do Estado deve, obrigatoriamente, fundar-se na busca da felicidade [...] assim, os poderes do Estado devem promover o bem de todos, a busca da felicidade. Deve desenvolver mecanismos de atendimento aos anseios de cada indivíduo e permitir a busca da felicidade em projetos pessoais. A busca da felicidade não pode impedir o bem da maioria.⁶⁷

O Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federativa do Brasil, assegura os valores de uma sociedade pluralista. A Constituição opta por uma sociedade pluralista que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista que mutila os indivíduos que não fazem parte de uma certa ortodoxia.

Optar por uma sociedade pluralista significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos. O caráter pluralista da sociedade se traduz também na liberdade de religião.

A democracia é confirmada na valorização da maioria, sem o desprezo da minoria. Quando falamos em Estado Democrático, falamos de vontade majoritária, mas não da ditadura da maioria. No primeiro caso, há prestígio da vontade majoritária, com consideração das mais variadas correntes minoritárias. No segundo, não se encontra uma preponderância da maioria, mas apenas a consideração da maioria, com desprezo pela minoria.

⁶⁶ ARAÚJO, 2000, p. 72.

⁶⁷ ARAÚJO, op. cit, p. 73.

Assim, conclui-se que não existe nenhum mal para a sociedade na preservação do direito a uma vida digna para aqueles que professam uma determinada crença, sendo que essa não afronta os valores do Estado brasileiro. Pensar diferente é estar diante da intolerância, consciente ou inconsciente, de uma maioria frente à liberdade religiosa concedida pela Constituição.

Dessa forma, apresentam-se equivocadas a jurisprudência e parte da doutrina que vêm entendendo que a omissão do tratamento pelo médico, tendo em vista a oposição do próprio paciente, não faz desaparecer a omissão de socorro por parte dele e que o livre exercício de cultos religiosos garantido pela Constituição, não se sobrepõe, nesses casos, à proteção da vida e da saúde.

2.2 Colisão de direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade

Atualmente, vive o Direito a era dos princípios, assumindo estes posição hegemônica na pirâmide normativa. Diante desta constatação, faz-se mister, inicialmente, deixar assente uma noção acerca de tal categoria jurídica.

Princípios, no sentido jurídico, são proposições normativas básicas, gerais ou setoriais, positivadas ou não, que, revelando os valores fundamentais do sistema jurídico, orientam e condicionam a aplicação do direito⁶⁸.

Conforme averbou CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada." qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.⁶⁹

⁶⁸ RELEM, Luciano Sampaio Gomes. *Colisão de direitos fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>>. Acesso em 20/03/2008.

⁶⁹ MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE Curso de Direito Administrativo, 12ª edição, Malheiros, 2000, p. 748.

Foi na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, em decorrência de reação intelectual comandada por RONALD DWORKIN, jurista de Harvard. Os princípios, então, passam a ser tratados como direito⁷⁰. Desta forma, é possível afirmar que a teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, converteu-se no coração das Constituições.

2.3. O Princípio da Proporcionalidade e a Colisão de Direitos Fundamentais

Dentre os princípios que iluminam o novo Direito Constitucional, ganha cada vez mais relevo, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade.

É possível vislumbrar duas funções distintas desempenhadas pelo referido princípio no sistema normativo. Na primeira delas, o princípio da proporcionalidade configura instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais contra a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos.

Nesse sentido, sua aplicação tem por fim, ampliar o controle jurisdicional sobre a atividade não-vinculada do Estado, vale dizer, sobre os atos administrativos que envolvam o exercício de juízos discricionários ou a valoração de conceitos jurídicos verdadeiramente indeterminados, possibilitando a contenção do exercício abusivo das prerrogativas públicas.⁷¹

De outro lado, o princípio em exame também cumpre a relevante missão de funcionar como critério para solução de conflitos de direitos fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto.

Esta função é ressaltada por PAULO BONAVIDES, *in verbis*:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio

70 Bonavites, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 9ª edição, Malheiros, 2000, p. 237.

71 MORAES, Germana de Oliveira, Controle Jurisdicional da Administração Pública, 1ª edição, Dialética, 1999, p. 75-83.

da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais européias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.⁷²

Pode-se classificar a colisão de direitos fundamentais nas seguintes modalidades: Conflito Aparente de Normas e Colisão Real de Direitos. Considerando que não há hierarquia entre as diversas normas constitucionais e que o sistema jurídico é um todo harmônico, o conflito entre aquelas é apenas aparente. Assim, por exemplo, não há conflito, no plano normativo, entre as normas que garantem o direito à liberdade de imprensa e o direito à intimidade. Porém, no plano fático, a incidência delas sobre uma dada situação pode gerar uma colisão real entre os mencionados direitos constitucionais⁷³.

Outro não é o entendimento de que distingue concorrência de direitos fundamentais e colisão de direitos fundamentais⁷⁴. A primeira categoria existe quando um comportamento do mesmo titular preenche os pressupostos de fato de vários direitos fundamentais. Por exemplo: a publicação de um artigo literário põe em contato o direito à liberdade de imprensa e o direito à manifestação do pensamento. Por sua vez, "considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um 'choque', um autêntico conflito de direitos".⁷⁵

2.4. Modalidades de Colisão de Direitos Fundamentais

Uma vez que não existem direitos fundamentais absolutos, surgindo uma

72 MORAES, 1999, p. 386.

73 RELEM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>>. Acesso em 20/03/2008.

74 J.J. GOMES CANOTILHO. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª edição, Almedina, 1999, p.1189.

75 Op. cit., p. 1191.

situação na qual se apresentem posições antagônicas, impõe-se proceder à compatibilização entre os mesmos, mediante o emprego do princípio da proporcionalidade, o qual permitirá, por meio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, harmonizá-los, através da redução proporcional do âmbito de aplicação de ambos (colisão com redução bilateral) ou de um deles apenas (colisão com redução unilateral), se inviável a primeira providência⁷⁶.

Outrossim, em alguns casos de colisão, a realização de um dos direitos fundamentais em confronto é reciprocamente excludente do exercício do outro. Nesta hipótese, o princípio da proporcionalidade indica qual o direito que, na situação concreta, está ameaçado de sofrer a lesão mais grave caso venha a ceder ao exercício do outro, e, por isso, merece prevalecer, excluindo a realização deste (colisão excludente)⁷⁷.

Quanto à possibilidade de prevalência de um direito sobre o outro, importa registrar o entendimento de CANOTILHO:

Os exemplos anteriores apontam para a necessidade de as regras do direito constitucional de conflitos deverem construir-se com base na harmonização de direitos, e, no caso, de isso ser necessário, na prevalência (ou relação de prevalência) de um direito ou bem em relação a outro (D1 P D2). Todavia, uma eventual relação de prevalência só em face das circunstâncias concretas se poderá determinar, pois só nestas condições é legítimo dizer que um direito tem mais peso do que o outro (D1 P D2)C, ou seja, um direito (D1) prefere (P) outro (D2) em face das circunstâncias do caso (C)⁷⁸.

2.5. Colisão com Redução Bilateral

No pertinente à colisão com redução bilateral, existe viabilidade de exercício conjunto dos direitos fundamentais, por via de um processo limitativo de ambos. Referido método, quando possível de ser aplicado, prefere aos demais, porquanto contempla tratamento

⁷⁶ RELEM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>>. Acesso em 20/03/2008.

⁷⁷ RELEM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>>. Acesso em 20/03/2008.

⁷⁸ Op. cit., p. 1.194.

uniforme aos direitos em colisão⁷⁹.

Um exemplo pode facilitar a compreensão. O proprietário tem o direito de reformar sua casa, como corolário do direito de propriedade e do direito à moradia, previstos nos arts. 5º, XXII, e 6º, *caput*, da Constituição Federal.

Pode acontecer, contudo, que o vizinho daquele ingresse em juízo pleiteando o embargo da obra, sob a alegação de que os ruídos dela decorrentes prejudicam seu sossego durante o dia e seu sono à noite, violando os direitos previstos no art. 5º, X e XI da Constituição.

Neste caso, o Juiz poderá conciliar os direitos em conflito, fixando um horário para a realização da obra durante o dia e vedando-a à noite. Ambas as partes sofrerão uma limitação em seus direitos em benefício da preservação dos mesmos⁸⁰.

2.6. Colisão com Redução Unilateral

Na colisão com redução unilateral, é possível o exercício conjugado dos direitos fundamentais, por intermédio da relativização de apenas um deles, sem a qual o outro direito restaria completamente aniquilado, o mesmo não sendo necessário com a situação inversa.

É o que sucede, v.g., com a tutela antecipada e com os demais provimentos jurisdicionais de urgência, nos quais contrapõem-se o direito à efetividade da tutela jurisdicional, segundo o qual não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, da Lei Fundamental), e o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição).

2.7. Colisão Excludente

⁷⁹ RELEM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>>. Acesso em 20/03/2008.

⁸⁰ RELEM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>>. Acesso em 20/03/2008.

Na colisão excludente, em que a realização concomitante dos direitos em confronto, conforme visto, é impossível, vez que o exercício de um deles exclui o do outro, incumbe perquirir qual direito fundamental expõe-se, no caso concreto, a um perigo de lesão mais grave⁸¹.

Assim, por exemplo, se uma empresa jornalística, com o intento de publicar matéria referente ao câncer de pele, resolve estampá-la com foto rara de um portador desta enfermidade, contra a vontade deste, que retrata com detalhes as lesões provocadas como nenhuma outra, infere-se, com facilidade, que o direito à imagem corre perigo de lesão muito mais grave do que o direito à liberdade de imprensa e o direito à informação, pois a fotografia pode ser substituída por um desenho – não daquela pessoa, obviamente – ou pela foto autorizada de outro portador da mesma moléstia, ainda que não tanto marcante. Neste caso, ao Juiz cabe afastar o direito à liberdade de imprensa e à informação, resguardando o direito à imagem.

Entretanto, se a matéria pretende revelar a beleza de uma determinada praia, e a empresa jornalística procura ilustrá-la com uma fotografia panorâmica da mesma, na qual aparecem várias pessoas, dificilmente indetectáveis, não há como ser acolhido o pedido de tutela inibitória, por uma delas, visando obstar a publicação da foto, com fulcro no direito à imagem, pois, do contrário, o direito à liberdade de imprensa e o direito à informação sofreriam sérios danos, restando indevidamente coarctados, quando, *in casu*, não se vislumbra ofensa grave à imagem, causadora de maiores constrangimentos. Agora, é o direito à imagem que cede lugar à liberdade de imprensa e ao direito à informação.

Para finalizar, imprescindível advertir que a colisão excludente configura situação excepcional, por tolher o exercício de um direito fundamental, em benefício de outro de igual natureza, motivo por que somente se legitima quando inviável o emprego dos dois

⁸¹ RELEM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>>. Acesso em 20/03/2008.

métodos anteriores⁸².

⁸² RELEM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>>. Acesso em 20/03/2008.

CAPÍTULO III

3. O TRATAMENTO MÉDICO E AS TRANSFUSÕES DE SANGUE

3.1. Algumas Teorias Concernentes à Licitude do Tratamento Médico

O tratamento médico definido em uma acepção ampla compreende todas as ações ou omissões que o médico desenvolve sobre a pessoa o paciente, utilizando as regras da ciência médica.

Em relação à licitude do tratamento médico, são várias as teorias que abrangem o tema. Mostra-se pertinente, portanto, demonstrar as mais importantes e salientar aquela que melhor se adequa à realidade social, moral, física e espiritual dos pacientes, e a do próprio médico.

A primeira é a Teoria da Tipicidade Justificada e da Atipicidade, que é defendida por grande parte da doutrina. Ela entende que se a intervenção médico-cirúrgica com finalidade terapêutica teve um resultado positivo, ou de cura, a conduta seria considerada atípica.⁸³

Verifica-se, portanto, nesta teoria uma contradição; pois o médico nunca tem a intenção de que haja uma piora do paciente. E de acordo com a teoria, a atipicidade se funda na ausência do resultado lesivo.⁸⁴

O tratamento médico implica, quase sempre, em uma interferência na esfera de bens jurídicos, como na liberdade individual, na esfera moral ou da decência na integridade física; os quais constituem fatos tipificados.

E na maioria dos casos, o resultado de uma intervenção cirúrgica, não depende

⁸³ PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido* - Na teoria do delito, 3ª ed. rev. e atual.: Revista dos Tribunais, 2001, p. 181.

⁸⁴ Ibid, p. 181.

apenas da capacidade do médico; mas principalmente das condições biológicas do organismo do paciente e de circunstâncias nem sempre previsíveis.

Também, mesmo quando haja sucesso no tratamento, nos primeiros momentos após uma cirurgia, sempre há uma piora do estado geral do paciente.

Outro ponto que se deve salientar é que, se o tratamento médico bem sucedido fosse realmente um fato atípico, não haveria a necessidade de se recorrer a uma causa de justificação.⁸⁵ Daí chegaria à conclusão (absurda) de que, o tratamento médico sem o consentimento do paciente, seria um fato atípico. Considera-se como absurdo porque nessas condições, o médico poderia impor às pessoas um tratamento em todos os casos, até contra a vontade do paciente. Seria, pois, o médico, um árbitro absoluto para impor, ou não, às pessoas, um tratamento terapêutico, violando, assim, o direito de liberdade ou de disposição do próprio corpo.

A Teoria da Tipicidade ou Atipicidade das Lesões Cirúrgicas que Independem do seu êxito sustenta que a finalidade curativa ou terapêutica não exclui a tipicidade das lesões cirúrgicas, pouco importando que tenham sido praticadas *lege artis*, as quais seriam tão-somente justificadas. Outra corrente, ao contrário, defende que a finalidade terapêutica resulta na atipicidade da conduta, mesmo que haja a piora do paciente.

A Teoria da Tipicidade por Ausência de Dolo, defendida por Welzel,⁸⁶ traz como exemplo um agressor que quando ataca alguém e o corta com uma faca, este tinha a intenção de ferir. Já o médico, o *animus* é diferente, pois sua intenção (apesar de cortar, ou ferir) é a de beneficiar o paciente, o que tornaria atípica a conduta por não haver dolo.⁸⁷

Porém, é errada tal conclusão, tendo em vista que, mesmo que uma intervenção médico-cirúrgica é orientada para curar, existe a intenção, ou o *animus* de fazer uma incisão do médico.

⁸⁵ PIERANGELI, 2001, p. 181.

⁸⁶ WELZEL, Welzel. *Derecho Penal Alemán* (parte general). Trad. Española de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Péres. Santiago: Jurídica de Chile, 1976.

⁸⁷ PIERANGELI, op. cit., p. 183.

Outra teoria de destaque é a de que o Tratamento Médico é uma Conduta Socialmente Adequada, defendendo que, se a conduta praticada pelo médico se ajusta perfeitamente às exigências da ordem ético-jurídico-social em relação à sua finalidade de cura, ou seja, possui uma adequação social, mesmo que não haja especificamente uma melhora; não constitui uma atividade que possa ser subsumida nos limites das lesões pessoais. Tal atividade não exigirá uma justificação porque é considerada atípica devido à sua adequação social.⁸⁸

Por último, é notória a Teoria de que o Tratamento Médico-Cirúrgico é uma Causa de Justificação Não-Codificada. Esta é defendida por Fragoso⁸⁹. Diz que é inaceitável qualquer solução do problema fundado no exercício regular de direito porque “um direito escrito, é manifestadamente insuficiente, lacunoso, ocasional, para não dizer inexistente em uma matéria de tanta relevância humana e social e não reflete a real vontade do ordenamento jurídico”.⁹⁰

Fragoso diz que “há falta de expressa regulamentação legal fixando os limites e os pressupostos da intervenção, para proteger o médico de boa fé de perseguições indevidas”.⁹¹

A escolha do paciente realmente é uma matéria de grande interesse social, pois, antes de tudo, o consentimento do paciente para um determinado tratamento, é essencial diante do direito de escolha que cada pessoa tem de dispor do bem mais valioso, sua própria vida.

3.2. A Incerteza da Prática Médica

Tendo em vista que no presente trabalho tratamos especificamente da recusa às

⁸⁸ PIERANGELI, 2001, p. 183.

⁸⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Antijuridicidade*. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n. 7: Rio de Janeiro, 1964, p. 198-199.

⁹⁰ PIERANGELI, 2001, p. 183.

⁹¹ FRAGOSO, op. cit., p. 198-199.

transfusões de sangue, a incerteza da prática médica pode nos ajudar a colocar a verdade sobre essa terapia em seu contexto adequado. Apesar dos grandes avanços da ciência médica, a medicina permanece sendo uma arte sujeita a nuances subjetivas.

Conforme tratou do assunto, um artigo publicado pela Comissão Presidencial para Estudos de Ética na Medicina, que discorreu a respeito de decisões sobre tratamento médico, esclareceu que:

Poucos afirmariam que a medicina é uma ciência exata, todavia muitos comentaristas fazem observações sobre a indisposição dos profissionais de saúde de considerar com seus pacientes as incertezas inerentes no diagnóstico, no prognóstico e nos possíveis tratamentos. As explicações desta atitude variam da insistência em manter o controle e o domínio profissional à eficácia terapêutica em potencial da confiança inquestionável no tratamento, tanto por parte do paciente como do profissional.⁹²

Acredita-se que o tempo médio de vida da verdade em medicina seja oito anos. O que significa dizer que metade do que foi ensinado durante o curso médico e na residência deixa de ser verdade em oito anos.⁹³

As faltas de evidência referentes às indicações de transfusão de sangue moveram o Colégio Real de Cirurgiões de Edimburgo (Escócia) a formar um painel de consenso, abrangendo peritos em cirurgia, anestesia, medicina transfusional (hemoterapia), economia de saúde, e direito e ética. A conclusão do painel foi de que, apesar de mais de cinco décadas de prática estabelecida, os médicos ainda não concordam a respeito de precisamente quando e por que devem transfundir hemácias, e como avaliar a sua eficácia [...] no caso da maioria das áreas da prática cirúrgica, a falta de prova incontrovertida de benefício derivado da transfusão de hemácias, apesar das impressões subjetivas, pode parecer bem inquietante. Afinal de contas, que droga medicamentosa amplamente disponível poderia ser usada sob circunstâncias tão imprecisas?

A Dra. Zelita da Silva Souza, Professora de Hematologia, afirmou que “muitas

⁹² President's Commission for the Study of Ethical Problems in Medicine and Biomedical and Behavioral Research, Making Health Decisions: The Ethical and Legal Implications of Informed Consent in the Patient-Practitioner Relationship, p. 85, 1982.

⁹³ MORAES, Irany Novah. *Erro Médico*, Ed. São Paulo, 1990, p. 35.

transfusões são indicadas sem qualquer base científica”. No XXI Congresso Brasileiro de Hematologia e Hemoterapia, as incertezas das transfusões em neonatologia foram consideradas da seguinte forma:

Ao passo que os benéficos desta terapêutica (transusão de sangue) são supervalorizados, os riscos são minimizados [...] Atualmente no Brasil, o índice de óbitos entre os neonatos submetidos à exsanguineotransusão, devido exclusivamente ao procedimento em si, é em média 0,7 a 4,8% durante e até 6 horas após o procedimento, enquanto que o índice de seqüelas neurológicas que talvez resultem da hiperbilirrubinemia é de 0,02%. Tratamentos mais brandos, porém eficazes, evitarão expor os neonatos anêmicos e hiperbilirrubinêmicos aos riscos hemoterápicos.⁹⁴

Atualmente, os profissionais da área de saúde estão encarando com maior seriedade os riscos da utilização de sangue. O Dr. Nelson Hamerschlag, hematologista, escrevendo na publicação brasileira *Gazeta Hematológica* (1992), comentou: “Gostaria de deixar a mensagem que mais preocupa no exercício da Hemoterapia, ou seja, a transmissão de doenças infecciosas. O conceito de que não existe transusão homóloga 100% segura deve estar sempre presente quando se considera uma indicação transfusional [...] Tenho certeza que a população em geral ainda acha que sangue examinado é seguro e a impressão de que alguns colegas também acreditam nesta falsa premissa”.

Sobre a questão de testes sorológicos mais sensíveis, o hematologista, Professor Dr. Celso Carlos de Campos Guerra, escreveu que a realização de mais exames com maior sensibilidade aumentou o custo da transusão de sangue e de seus componentes. Apesar de se investir muito mais nessa área, é importante que os médicos saibam que não há transusão de sangue isenta de riscos.

As incertezas sobre a prática médica crescem na medida em que se constata que as opiniões sobre tratamento necessário ou indispensável, numa certa situação, variam de um profissional para outro, dependendo, entre outros fatores de sua idade, estado atual de saúde, histórico médico e antecedentes culturais. Também, os profissionais de saúde

⁹⁴ SOUZA, Zelita da Silva. *A Ética Médica e o Respeito às Crenças Religiosas*. Disponível em <www.cfm.org.br/revista>. Acesso em 20/08/2004.

frequentemente refletem seus próprios valores ao preferir um tratamento a outro.

Alguns profissionais da medicina transmitem inadvertidamente os seus próprios valores aos seus pacientes e suas famílias desinformados. Com efeito, o público não especializado (inclusive os juízes e tribunais) desconhece geralmente a realidade da incerteza médica devido à relutância dos profissionais em admiti-la com franqueza.

A desconsideração à incerteza anula o compartilhar do fardo da decisão com os pacientes. Tal desconsideração tem contribuído significativamente para dubiedade, evasões e mentiras, que prontamente espelham nas conversas com os pacientes. Tal desconsideração faz com que a explanação significativa e o consentimento se tornem uma farsa.⁹⁵

3.3. Fundamentos para a Recusa às Transfusões Sanguíneas

Muitas pessoas, ao se verem confrontadas diante da escolha de um determinado tratamento médico, têm uma preocupação primária, que envolve o uso ou não de sangue no tratamento.

Um paciente com câncer, principalmente quando se encontre em fase terminal, diante das escolhas de um tratamento a seguir, geralmente opta por um que não lhe seja tão desgastante, e que não resulte em mais dor, mesmo que não aumente sua sobrevida. Assim, pode escolher o tratamento que julgue ser melhor para si, tendo sua vontade respeitada. Médicos coerentes se submetem ao consentimento do paciente a um determinado tratamento.

As Testemunhas de Jeová, como já mencionado, devido ao respeito ao uso do sangue baseado na Bíblia, se recusam a receberem transfusões total de sangue, o que, em muitos casos, resulta em mal entendidos diante da classe médica e da população em geral. Esse grupo religioso, que já possui mais de seis milhões de membros em todo o mundo, são firmes na sua posição de se absterem do sangue, pois entendem que Deus ordenou a toda a

⁹⁵ KATZ, 1984, p. 243-256.

humanidade, desde bem cedo na história, a abstenção do uso indevido de sangue, porque este representa a vida. As Escrituras Sagradas em Gênesis 9: 3-6, relatando as leis dadas por Deus a Noé, que nos diz: “Todo animal movente que esta vivo pode servir-vos de alimento. Como no caso da vegetação verde, deveras vos dou tudo. Somente a carne com a sua alma- seu sangue- não deveis comer”.⁹⁶

Com o passar do tempo, essa instrução divina foi confirmada em diversas ocasiões, tanto em ordens expressas na lei dada por deus à nação de Israel, como, posteriormente, em ordem dirigida aos cristãos de abster-se do sangue. O texto de Levítico 7: 26 diz que: “E não deveis comer nenhum sangue em qualquer dos lugares em que morardes, quer seja de ave, quer de animal”.⁹⁷ Essa era uma lei que deveria ser observada pelo povo escolhido por Deus. Era tão séria essa proibição, que se alguém violasse esse mandamento, estava sujeito à morte, como lemos em Levítico 17: 10: “Quanto a qualquer homem da casa de Israel ou algum residente forasteiro que reside no vosso meio, que comer qualquer espécie de sangue, eu certamente porei minha face contra a alma que comer o sangue, e deveras deceparei dentre seu povo”.⁹⁸

No primeiro século, após a vinda de Cristo, o apóstolo Paulo ratificou essa lei, mostrando que deveria continuar ser seguida pelos verdadeiros cristãos, quando disse no livro de Atos 15: 19,20,28 e 29: “Por isso, a minha decisão é não afligir a esses das nações, que se voltam para Deus, mas escrever-lhes que se abstenham das coisas poluídas por ídolos, e de fornicação, e do estrangulado, e do sangue. [...] Pois, pareceu bem ao espírito santo e a nós mesmos não vos acrescentar nenhum fardo adicional, exceto as seguintes coisas necessárias: de persistirdes em abster-vos de coisas sacrificadas a ídolos, e de sangue, e de coisas estranguladas, e de fornicação. Se vos guardardes cuidadosamente destas coisas, prosperareis. Boa saúde para vós!”⁹⁹

⁹⁶ Bíblia Sagrada em Gênesis 9: 3-6.

⁹⁷ Ibid, em Levítico 7: 26.

⁹⁸ Ibid, em Levítico 17:10.

⁹⁹ Ibid em Atos 15: 19, 20, 28, 19.

Em contrapartida, observa-se que a ciência médica tem obtido nos últimos anos um conhecimento mais acurado a respeito das propriedades do sangue e do valor salvador atribuído a este, com conceitos bem diferentes dos existentes a um tempo atrás. Atualmente são conhecidos muitos complicadores relacionados com as transfusões de sangue, que, por vezes, em lugar de produzir a salvação do paciente, mostram-se lamentavelmente letais¹⁰⁰. As incertezas que isso tem produzido a respeito dessa terapia tem levado muitos profissionais respeitáveis da área médica a reduzir significativamente o uso de sangue, ou mesmo evitando-o por completo.

3.4. O Impacto Emocional da Transfusão de Sangue Imposta

O Papa João Paulo II indicou que forçar alguém a violar sua consciência “é o golpe mais doloroso infligido à dignidade humana. Em certo sentido, é pior do que infligir a morte física, que matar”.

Impor um tratamento a uma criança, contrário aos desejos dos pais, produz um profundo efeito emocional negativo. O Dr. Giebel, professor de cirurgia da Universidade de Colônia, Alemanha, declarou: “Ao se decidir recorrer a um Tribunal, deve-se considerar o dano psicossocial, a longo prazo, causado à criança, quando se ferem os conceitos religiosos fundamentais da família”.

Tendo em vista uma perspectiva mais ampla, são dignos de nota comentários do Dr. Robert I. Parker. Em seu artigo “Apoio agressivo de produtos isentos de sangue para as Testemunhas de Jeová”, ele instou:

Nós, como médicos, devemos a nossos pacientes e às suas famílias a obrigação de respeitar seus desejos, quando possível. Esta obrigação talvez nos leve além de nossas ‘áreas de conforto médico’, e a fazer coisas diferentes para pacientes diferentes. Ao passo que esta tarefa raramente é fácil, ela se torna geralmente ainda mais complicada quando o paciente é uma criança que talvez não compreenda as ramificações das crenças do

¹⁰⁰ Riscos da Transfusão de sangue. Disponível em < <http://www.einstein.br/portal2007/con-serv-deta-ent-nivel.aspx?iex=16&ix=173&ix1=259&id=74&id1=134> > . Acesso em:29/03/2008.

genitor dele. Além deste fato, ainda devemos a estas famílias a cortesia de ouvi-las e de analisar objetivamente os riscos de fazermos as coisas do jeito delas. Temos de estar cômicos de que, quando lidamos com situações que ameacem a vida, nosso paciente é, não raro, a família inteira, a nossa terapia é, em certa medida, dirigida a todos eles.¹⁰¹

O Dr. Ivo Gelain, professor de enfermagem da Escola Paulista de Medicina, indicou que, no passado, ‘a conduta médica era de desconhecer as convicções religiosas e impor a transfusão de sangue’.¹⁰² Depois de argumentar que isto traumatizava os pacientes, ele passou a questionar a validade de se agir radicalmente. E disse que não há nenhuma vantagem em salvar a vida de alguém e ferir as suas mais profundas convicções.¹⁰³

Assim, porque haveria os médicos ou outros de insistir em impor transfusões de sangue que veiculam tamanhos riscos médicos, cujos resultados não podem ser preditos, e quando o trauma emocional de uma transfusão imposta poderia colocar seriamente em risco as possibilidades de recuperação do paciente? Porque haveria os médicos de impor suas preferências de tratamento a uma família que as considera inaceitáveis, e assim, causar graves danos ao relacionamento do médico com os pais?

Torna-se claro, portanto, que para aqueles possuidores de firmes convicções, obrigá-los a fazer algo contra os seus princípios, é até mesmo pior do que a própria morte. A consciência ferida pode atormentar para sempre a vida de qualquer ser humano. E prejudicar a saúde, às vezes, provocando até mesmo a piora do paciente, pois a ciência é pacífica em entender que ter tranqüilidade, e concordar com o tratamento, influi no ânimo de qualquer um, o que provoca uma reação positiva no quadro geral do paciente.

3.5. A Incerteza das Transfusões

¹⁰¹ PARKER, RI. *Aggressive non-blood product support of Jehovah Witnesses*, *Critical Care Medicine*, vol. 22, n. 3, 1994, pp. 381-2 (EUA).

¹⁰² GELAIN, Ivo. *Recusa de Transfusão de Sangue por Motivo de convicção Religiosa (Testemunhas de Jeová): Deontologia e enfermagem*. 1987, Brasil, 2000, p. 57-60.

¹⁰³ GELAIN, 2000, p.57-58.

A incerteza e as diferentes opiniões que saturam a prática médica em geral são válidas também para a prática transfusional. A transfusão sanguínea é apenas um exemplo de um procedimento que goza de amplo uso apesar de seu caráter incerto e perigoso.¹⁰⁴

Os fatos mostram que os produtos sanguíneos, assim como outros recursos para o cuidado de saúde, freqüentemente são utilizados de forma inadequada, uma vez que as razões para sua utilização não estão bem definidas.¹⁰⁵

A antiga prática de transfundir um paciente ‘para normalizar’ sua taxa de glóbulos vermelhos antes de ser anestesiado para uma intervenção cirúrgica tem sido descrita como “um mito”, cuja origem está envolta em tradição,¹⁰⁶ revestida de obscuridade e não é comprovada por evidência clínica ou experimental.

Esta incerteza não se limita ao emprego de glóbulos vermelhos. Também tem sido criticada a prática de transfundir plaquetas e plasma fresco congelado. No que se refere às plaquetas, o periódico brasileiro *Boletim*, da Sociedade Brasileira de Hematologia e Hemoterapia, informou que:

a utilização indiscriminada de sangue e derivados continua sendo muito grande no Brasil, apesar dos enormes riscos inerentes a estas transfusões. [...] Foram revisados os prontuários de 75 pacientes para se determinar a indicação de cada transfusão. Do total, apenas 25% tinha uma indicação precisa. [...] Estes resultados mostram a necessidade da educação continuada em hemoterapia, a fim de se evitarem as transfusões desnecessárias.¹⁰⁷

Do mesmo modo, os Institutos Nacionais de Saúde americanos comentaram o seguinte sobre o emprego de plaquetas:

As faculdades de medicina dedicam pouco tempo à prática das transfusões. O resultado é que estudantes e residentes aprendem a maior parte do que sabem sobre transfusão sanguínea por um sistema que poderíamos chamar de “empírico”. O chefe dos residentes transmite seus conhecimentos, adquiridos de forma pouco metódica, aos auxiliares residentes, e estes, por sua vez, os transmitem aos internos e aos estudantes à medida que passam pelos diversos serviços clínicos.¹⁰⁸

¹⁰⁴ MURIEL, Christine Santini. *Aspecto Jurídico das transfusões de sangue*. Disponível em: <<http://www.hemonline.com.br/aspectos.htm>>. Acesso em: 02/04/2008.

¹⁰⁵ Ibid. 2004.

¹⁰⁶ OTA, Task Force. *Blood Technologies*, 1981, p. 182. (EUA).

¹⁰⁷ FILHO, Amorim e col.. *Uso do Plasma Fresco congelado: Uma Análise Crítica*, 12 Boletim, 134 (1990).

¹⁰⁸ OTA, op. cit., p. 182.

Essas observações concordam com os resultados de uma pesquisa segundo a qual as deficiências no conhecimento das indicações da transfusão eram muito amplas e os médicos que menos sabiam eram os que maior confiança demonstravam (ao prescrever uma transfusão).

Mais preocupante ainda foi o fato de que os médicos que menos sabiam (mas que mais confiança demonstravam) eram os que contavam com maior número de anos de exercício. Assim, parece não surpreender que dos residentes entrevistados, 61% indicaram que, pelo menos uma vez por mês, prescreviam transfusões que consideravam desnecessárias, pelo mero fato de que um médico com mais experiência sugeria que fosse feito. Um terço (21% dos entrevistados) informou que isso ocorria duas ou mais vezes por mês.¹⁰⁹

Da mesma maneira, um estudo realizado na Inglaterra sobre as transfusões em cirurgia de câncer colorretal informou que se poderia ter evitado a transfusão em 30% dos pacientes e que, no total, foram administradas desnecessariamente 377 unidades. O estudo conclui que as transfusões de sangue eram utilizadas em excesso e sugeriu que os cirurgiões e os anestesiológicos reavaliassem suas diretrizes em matéria de transfusões por causa da morbidade relacionada com ela.¹¹⁰

À luz da incerteza geral e da subjetividade da prática transfusional, não deveria surpreender que uma pesquisa de anestesiológicos confirmasse a existência de ampla variação na prática de transfusão.¹¹¹ Dá-se a impressão de que muitas delas se basearam no hábito e não na informação científica.

De fato, tanto os que fornecem o sangue como os usuários reconhecem que ele tem sido utilizado em excesso e inadequadamente.¹¹²

Apesar da crescente conscientização dos perigos do sangue e da intenção de

¹⁰⁹ GELAIN, 2000, p. 57-58.

¹¹⁰ HALLISEY e col.. *Blood Transfusion: An Overused Resource in Colorectal Cancer Surgery*, 74 Annals Royal College of Surgeons England, 59 (1992). (resumo)

¹¹¹ GELAIN, 2000, p. 57-58.

¹¹² FILHO, 1990.

racionalizar o seu uso, um estudo revelou que “a prática atual das transfusões é muito variada e que esta variabilidade é um indicador de que os métodos de muitos médicos permanecem inflexíveis e que as transfusões desnecessárias continuam sendo um problema”.¹¹³

Embora pareça extremista dizer, a prática clínica e a literatura médica mostram que a transfusão, como procedimento terapêutico, é principalmente um assunto de costume fundado em suposições empíricas e conjecturiais.

Inúmeros casos de pacientes Testemunhas de Jeová que foram tratados com êxito sem se recorrer ao sangue, apesar dos terríveis prognósticos dos médicos, confirmam a incerteza das opiniões médicas relacionadas com as transfusões afirmavam que o sangue era ou seria necessário para salvar a vida do adulto ou da criança ou para evitar danos graves.

Por muitos anos, os médicos têm confessado abertamente haver um abuso das transfusões sanguíneas, sendo estas superestimadas e potencialmente letais, conforme diz um relatório médico-científico, que até cerca de 20% de todas as transfusões podem produzir algum tipo de reação adversa:

O conceito de que não existe transfusão homóloga 100% segura deve estar sempre presente quando se considera uma indicação transfusional. [...] Tenho certeza de que a população em geral ainda acha que sangue examinado é seguro e a impressão é que alguns colegas também acreditam nessa falsa premissa.¹¹⁴

As transfusões são perigosas. Podem causar reações do tipo hemolítico, leucoaglutinante e alérgico. Podem também ocasionar a sensibilização do receptor a um antígeno menor dos glóbulos vermelhos que dificultará encontrar sangue compatível no futuro. Pode ocorrer uma sobrecarga no volume (especialmente nas pessoas idosas com doenças cardíacas e anemia crônica). O perigo principal é a infecção induzida pela transfusão. Ao passo que na atualidade os casos de sangue contaminado, de malária causada por uma transfusão, de babesiose e de infecção pelo HIV (procedente de um doador infectado, cujo

¹¹³ WELCH, e col. *Prudent Strategies for Elective and Blood Cell Transfusion*. 116 *Annals Internal Med.*, 1992. p. 393-395.

¹¹⁴ HAMERSCHLAK. *Transfusão é um Procedimento de Risco*. *Gazeta hematológica*, Set./Out.1992, p.1.

sangue tenha sido examinado antes do surgimento dos anticorpos) são pouco freqüentes, o maior perigo é a transmissão da hepatite não-A, não-B. Calcula-se que de 5% a 15% dos doadores voluntários são portadores deste vírus. Os testes laboratoriais prévios à doação, para detectar os anticorpos contra o “core” da hepatite B, permitem detectar entre 30% e 40% dos portadores do vírus da hepatite não-A, não-B. Por isso, existe um grande risco de infecção especialmente nos pacientes que receberam várias transfusões ou aqueles nos quais se tem transfundido múltiplas unidades de produtos tais como plaquetas e crioprecipitados. A vasta maioria dos casos de hepatite pós-transfusional são subclínicos, visto que a enfermidade evolui durante vários anos. Uma alta porcentagem de receptores infectados contrai cirrose. O único tratamento conhecido é a prevenção.¹¹⁵

Alguns médicos seguem a deplorável prática de transfundir os pacientes cada vez que o nível de hemoglobina está abaixo de um valor estabelecido arbitrariamente. Do mesmo modo, a insistência de alguns cirurgiões de que a concentração de hemoglobina seja “normal” antes de uma cirurgia é uma forma de superstição. Uma transfusão de sangue não é um tônico nem um placebo, conforme declara um estudo médico norte-americano.

Calcula-se que de 35% a 50% do total de transfusões de sangue são desnecessárias, e somente 1% aproximadamente são consideradas vitais.¹¹⁶

A prescrição irrefletida de transfusões sangüíneas equivale a jogar roleta-russa, utilizando frascos de sangue em vez de um revólver. Estima-se (provavelmente de modo conservador) que nos Estados Unidos ocorrem cada ano entre 3.000 e 30.000 mortes atribuíveis às transfusões.¹¹⁷

Levará tempo e exigirá esforço livrar nossa cultura médica da esperança infundada de que a transfusão seja um tônico, ou reduza a toxidade, ou apresse a convalescença ou melhore a cura de lesões.

Num artigo publicado pela Associação Médica Canadense, mostrou:

¹¹⁵ WINTROBE, Marcus. *Clinical Hematology*, 8. ed. 1981, p. 497.

¹¹⁶ CHOWN. *Transfusions are Dangerous*, 77 Can. Med. Assoc. J., p. 1022.

¹¹⁷ Ibid, p. 1025.

O sangue sempre teve um caráter místico; seu uso na sala de cirurgia é mais amigável do que científico. [...] Eu suponho que nem 5% - não, nem 1% - das transfusões dadas dessa maneira salvaram vidas. E eu diria também que pelo menos a mesma porcentagem tem efeito mortífero.¹¹⁸

3.6. Tratamentos Alternativos

O relatório sobre a epidemia de Aids apresentado pela Comissão Presidencial dos Estados Unidos revelou o erro de presumir que o que é ou tem sido uma prática habitual seja necessariamente uma prática boa. O relatório disse o seguinte, analisando criticamente os padrões habituais da transfusão, aceitos durante as décadas passadas: “A medida preventiva mais segura em relação à administração de sangue é eliminar a exposição do paciente ao sangue de outras pessoas”.¹¹⁹

A Comissão recomendou que se obtenha o consentimento informado antes de administrar qualquer produto sanguíneo. Disse que a obtenção deste consentimento deve incluir uma explicação dos riscos implicados na transfusão de sangue e de seus componentes, entre eles a possibilidade de contrair o HIV, bem como informações sobre terapias alternativas à transfusão de sangue homólogo. Estas incluem especificamente sangue autólogo previamente armazenado, transfusão autóloga intraoperatória, técnicas de hemodiluição e recuperação pós-operatória.¹²⁰

Se o procedimento sensato e humano é obter o consentimento informado do paciente ou dos pais dele antes de empregar qualquer produto sanguíneo¹²¹, dificilmente poderia ser suficiente a opinião de um médico para ignorar ou negligenciar o direito à autodeterminação do paciente sobre o seu corpo ou o direito dos pais de velar pela integridade familiar.

Além disso, aquela Comissão fez a seguinte recomendação em termos mais

¹¹⁸ CHOWN. *Transfusions are Dangerous*, 77 Can. Med. Assoc. J., p. 1037.

¹¹⁹ Report of the *Presidential Commission on the Human Immunodeficiency Virus Epidemic*, 1988, p. 78.

¹²⁰ Ibid, 1988, p. 78.

¹²¹ DIAS, José Aguiar. *Responsabilidade civil*. Forense, RJ, nº 116, p. 10.

ampliados:

Os centros de assistência médica devem implantar todas as estratégias razoáveis para evitar a transfusão de sangue de uma pessoa em outra (transfusão homóloga) e substituí-la, sempre que possível, pela transfusão de sangue do mesmo indivíduo (transfusão autóloga). As técnicas de transfusão autóloga disponíveis na atualidade incluem o pré-depósito do sangue do próprio paciente, o reaproveitamento do seu próprio sangue durante a cirurgia (transfusão autóloga intraoperatória), técnicas de diluição sanguínea (hemodiluição) e o reaproveitamento do pós-operatória para reinfusão (recuperação pós-operatória). Os centros médicos devem empreender com afinco o treinamento de sua equipe nestes procedimentos, e o consentimento informado para uma transfusão de sangue ou de seus componentes deve incluir uma explicação do risco envolvido na transfusão e informações sobre as alternativas para a transfusão de sangue homólogo¹²². (*Apud* Comissão Presidencial dos Estados Unidos)

Por muitos anos, as Testemunhas de Jeová têm procurado alguns dos métodos alternativos recomendados pela Comissão Presidencial (por exemplo, a recuperação intraoperatória do sangue, hemodiluição e alguns métodos de recuperação pós-operatória de sangue). O método da hemodiluição induzida consiste em diluir o sangue do paciente durante a cirurgia. Assim, no início da operação, os médicos desviam parte do sangue para recipientes de armazenagem fora do corpo do paciente, e o substituem por fluidos não sanguíneos; depois, permite-se que o sangue flua dos recipientes de volta para o paciente. Visto que as Testemunhas de Jeová não permitem que seu sangue seja estocado, alguns médicos têm adaptado esse método, fazendo o equipamento funcionar num circuito que é constantemente ligado ao sistema circulatório do paciente¹²³. No caso de recuperação intraoperatória, envolve recuperar e reutilizar o sangue durante uma cirurgia. Usa-se um equipamento para aspirar o sangue da incisão, bombeá-lo através de um filtro (para remover coágulos ou resíduos) ou de um centrifugador (para eliminar fluidos), e daí reinjetá-lo no paciente. Nesse caso, não há a interrupção do fluxo sanguíneo.¹²⁴

É um fato que a Medicina tem cada vez mais buscado meios de evitar transfundir sangue. Uma médica brasileira considerou que:

¹²² Report of the *Presidential Commission on the Human Immunodeficiency Virus Epidemic*, op. cit., p. 78-84.

¹²³ Report of the *Presidential Commission on the Human Immunodeficiency Virus Epidemic*, 1988, p. 78.

¹²⁴ ARRUDA, Roldão. *Crescem no país as cirurgias sem transfusão*. In: *Jornal O Estado de S. Paulo*, 29 de set. de 2000, p. A10.

A literatura médica indica ampla gama de estratégias para evitar e controlar hemorragias e anemias sem transfusões de sangue [...] Assim, é da responsabilidade do médico considerar tais alternativas com a finalidade de proteger seus pacientes das doenças associadas às transfusões de sangue e respeitar as convicções religiosas da família.¹²⁵

Assim, a literatura médica em geral prova que se pode administrar tratamento aceitável sem recorrer ao sangue. Ao passo que é muito difícil acabar com os hábitos profissionais, diversas fontes evidenciam que se pode praticar todo tipo de intervenções cirúrgicas ou tratamento médico com bons resultados sem utilizar sangue alogênico.¹²⁶

¹²⁵ ARRUDA, 2000, p. A10

¹²⁶ DIMÂMPERA, Siqueira. *Tratamento sem Sangue Homólogo, a baixo custo*, Ações Integradas de Saúde- a Criança e a Família, 1994, p. 193-199.

CAPÍTULO IV

4. A BIOÉTICA MODERNA EO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

4.1. A ÉTICA MÉDICA

Com muita frequência, os médicos em sua grande maioria, hesitam quanto à obediência a proibições, pelos pacientes, de transfusões de sangue. Há, para tanto, razões éticas. Existe também a deficiente formação profissional quanto a meios alternativos. Foi-lhes ensinado que o sangue é o grande salvador, mas não aprenderam que outros tratamentos também podem salvar. Assim, por medo do julgamento ético e jurídico e também por desconhecimento de meios alternativos, aplicam o sangue. É mais fácil. Atende à tradição.¹²⁷

Tem-se considerado que o compromisso profissional do hospital e do médico de curar a doença e salvar a vida é um interesse de suficiente magnitude para invalidar o direito de um adulto à autodeterminação. Qualquer virtude que esta posição tenha é sufocada pela incerteza e pelo perigo que envolve a prática da transfusão, por um lado, e a sensatez das terapias médica isentas de sangue, por outro lado. Ao passo que as Testemunhas de Jeová certamente não querem forçar nenhum médico a violar a sua consciência ou as suas obrigações éticas, quando surge um conflito entre paciente e médico, os deveres do médico devem estar subordinados aos direitos do paciente, porque:

o dever do médico é de fonte legal, o direito do paciente de aceitar, ou não, um tratamento, ou um ato médico, é expressão de sua liberdade- direito seu de ordem fundamental, declarado e garantido pela Constituição. O médico satisfaz seus deveres informando o paciente do juízo que faz a propósito da necessidade ou conveniência desse ato ou tratamento, e das consequências prováveis de uma recusa..¹²⁸

Comentando o conjunto de questões envolvidas na recusa de transfusão de

¹²⁷ OTA, 1981, p. 182.

¹²⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 9ª ed., São Paulo, 1992, p. 182-184.

sangue por convicções religiosas, perante o dever do médico de prestar assistência, Leocir Pessini diz em seu livro *Problemas Atuais de Bioética*:

A conduta médica diante desta situação até pouco tempo era de desconhecer as convicções religiosas e impor a transfusão de sangue em defesa da vida em perigo numa primeira instância. Esta postura, um tanto radical, traumatizou pessoas [...] passou-se a questionar este radicalismo. De que valeria “salvar” a vida de uma pessoa se a ferirmos nas suas mais profundas convicções?¹²⁹

Tratando da mesma questão, em artigo publicado na revista *Medicina*, do Conselho Federal de Medicina, o Dr. Délio José Kipper traçou algumas diretrizes quanto ao que se deve fazer o médico ao se confrontar com uma situação como essa:

Uma das tendências da ética médica e das leis contemporâneas é a de que pacientes adultos competentes são senhores de seu próprio corpo e, portanto, o médico deve, antes de realizar quaisquer atos médicos, obter um consentimento informado e livre do paciente ou seu representante legal, no caso de o paciente estar incompetente. Em 1914, Cardozo fez uma declaração muito celebrada que diz: ‘Cada ser humano, adulto e com suas faculdades mentais íntegras, tem o direito de determinar o que pode ser feito com o seu próprio corpo [...]

Recorrendo-se ao direito comparado, com destaque especial para o norte americano, deparamo-nos com a doutrina e jurisprudência examinando cuidadosamente o suposto interesse do Estado na supremacia da integridade ética da profissão médica, chegando à conclusão de que o desejo sincero de médicos e hospitais de prestar a assistência que entendem ser a mais adequada, embora deva ser respeitado, não pode se sobrepor aos valores pessoais do próprio paciente, nem ao direito de escolha deste, porque o direito do paciente à autodeterminação tem de ter primordial importância tanto para o hospital como para os médicos. Não se pode alegar que um médico viola suas responsabilidades legais quando respeita o direito de um paciente adulto capaz de rejeitar um tratamento médico.

Assim, quando o médico respeita o direito constitucional do paciente de recusar uma transfusão de sangue, não tem o menor sentido a alegação de que está violando o seu Código de Ética, especificamente no que tange à omissão de socorro. Isto se dá porque a

¹²⁹ PESSINI, Leocir. *Problemas atuais de Bioética* - Edições Loyolla, 1996, 3ª edição, p. 383.

omissão de socorro é definida como falta de assistência, o que não ocorre por estar o paciente assistido, ainda que por terapêutica distinta.

De modo que a ética da classe médica não é violada quando o médico respeita o desejo do paciente à escolha esclarecida de tratamento médico sem transfusão de sangue.

4.2.Princípio da Autonomia

Autonomia, de acordo com a etimologia grega, significa capacidade de governar a si mesmo.¹³⁰ Conforme a define Pellegrino, citado por Marco Segre em seu Parecer, autonomia é a capacidade de auto-governo, uma qualidade inerente aos seres racionais que lhes permite escolher e atuar de forma pensada, partindo de uma apreciação pessoal das futuras possibilidades, avaliadas em função de seus próprios sistemas de valores¹³¹. Sob esse ponto de vista, a autonomia é uma qualidade que emana da capacidade dos seres humanos de pensar, sentir e emitir juízos sobre o que considera bom.

Temos assim, a idéia de ‘ato autônomo’ que satisfaz os critérios de consentimento informado. É uma decisão, e um ato, sem restrições internas e externas, com tanta informação quanto o caso exige, e de acordo com a avaliação feita por uma pessoa no momento de tomar a decisão. A existência da capacidade de auto-governo está tão profundamente arraigada no que significa um ser humano, que constitui um direito moral que gera em outras pessoas o dever de respeito. Esse direito se expressa como o princípio de autonomia, isto é uma dinâmica nas relações entre as pessoas, que permite a cada uma o exercício do auto-governo tanto quanto o permitam as circunstâncias. O princípio da autonomia fundamenta-se na filosofia moral.¹³²

¹³⁰ VIEIRA, Tereza Rodriguez. *Bioética e direito*. São Paulo: editora Jurídica Brasileira Ltda, 1999, p. 23-61.

¹³¹ SEGRE, M. *Situação ético-jurídica da Testemunha de Jeová e do médico e/ou instituição hospitalar que lhe presta atenções de saúde, face à recusa do paciente religioso na aceitação das transfusões de sangue* (parecer). São Paulo: Oscar Freire, 1991.

¹³² BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; PESSINI, Léo. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: faculdades Integradas São Camilo, 4^a. Edição, 1997, p. 15 et. seq.

O princípio da autonomia permeia atualmente os Códigos de Ética Médica das sociedades ocidentais,¹³³ e como tal o Código de Ética Médica brasileiro, promulgado em janeiro de 1988. Dá-se extraordinária ênfase aos direitos do paciente, o princípio de autonomia, com o de ‘beneficência’, por exemplo, quando determinam que o médico deva sempre respeitar a vontade do paciente ‘salvo em iminente perigo de vida’.

Alguns autores tentam a conciliação entre essas duas tendências, aparentemente opostas. Pellegrino cria o conceito de ‘integridade’. Esse seu julgamento, entretanto, quanto à saúde – bem-estar físico, mental e social – vai sempre depender do médico, ou, em certas situações, de uma comissão de pessoas onde o médico tem um papel relevante, e o psicólogo, o assistente social e a comunidade têm participação. Aí está o alicerce do conceito de ‘competência’ que as Cortes de Justiça dos EUA querem atribuir ao paciente, antes de aceitar as decisões referentes à sua intimidade.

Sob o ponto de vista jurídico, a atuação profissional do médico é pautada pela Legislação vigente, em especial o Código Penal, o Código Civil e o Código de Ética Médica¹³⁴. Terá ele seus atos julgados pelas Cortes de Justiça, penais ou cíveis e pelos Conselhos de Medicina (Conselhos Regionais e Conselho Federal de Medicina).¹³⁵

Penalmente, o médico pode responder pelo ‘crime de omissão de socorro’ (Art. 135) – Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, no desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública -, quando deixe de ministrar atenções a um doente.

Os artigos 121 e 129 do Código Penal, homicídio e lesões corporais, nas suas formas culposas, podem ser invocadas contra o médico quando de sua atuação resulte, por negligência, imprudência, ou imperícia, a morte ou o dano para a saúde do paciente.

Em razão do Código Civil, por ‘ato ilícito’ (Art. 186), o médico pode ser

¹³³ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. aum.e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 9.

¹³⁴ DIAFÉRIA, Adriana. *Clonagem, aspectos jurídicos e bioéticos*. Bauru: EDIPRO, 1999, p. 81.

¹³⁵ KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*, 3ª. ed., São Paulo: RT, 1998, p. 173.

obrigado a ressarcir o dano causado a seu paciente, por “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência” por ter violado um direito ou causado prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral. Essa responsabilização do médico pode ocorrer, no caso das Testemunhas de Jeová, tanto por ele ter ministrado sangue ao paciente, contrariando a sua vontade, ou mesmo deixando de ministrar essa substância, sobrevivendo, em decorrência disso, lesão incapacitante. O Código de Ética Médica brasileiro, promulgado em 08 de janeiro de 1988 (Resolução CFM nº 1246/88) tem uma orientação nitidamente “autonomista” em termos de Bioética.

Deixa bastante claro, no decorrer de seus 145 artigos, o dever de respeito, por parte dos médicos, à sua individualidade do paciente. Todo indivíduo humano, é portanto, a menos que esse demonstre o contrário, um “agente moral autônomo”, estando plenamente defendidas suas opiniões políticas, morais e religiosas.¹³⁶

4.3. O CONSENTIMENTO ESCLARECIDO

A escolha do tratamento médico pelo paciente é uma decisão fundamental, tendo em vista que diz respeito à própria vida do paciente. Assim, para que o paciente tenha condições de decidir se um tratamento médico lhe é aceitável, segundo o seu próprio plano de vida, embasado em crenças, aspirações e valores próprios, ele precisa ser corretamente informado das intenções e recomendações de seu médico, e ter uma visão clara de como tais recomendações afetam seus próprios valores.¹³⁷ Então, é dada ao paciente a possibilidade de consentir ou não no tratamento proposto.

Dessa forma, a doutrina, em sua maioria, entende que para se realizar um tratamento médico, é exigido o consentimento de uma pessoa consciente e capaz de fazê-lo.

¹³⁶ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *A criminalidade genética*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 103.

¹³⁷ BRAVO, Maria Celina. *O Contrato de terceiro milênio*. A crise nos contratos. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2365>>. Acesso em: 03/04/2008.

Consentimento, portanto, é considerado como um pressuposto da atipicidade do fato ou de uma causa de exclusão da antijuridicidade diversa do consentimento do titular do bem juridicamente tutelado.

Os pressupostos fundamentais para a validade do consentimento do paciente são os seguintes: 1º) O consentimento é válido quando manifestado expressa ou tacitamente, sempre reclamando uma manifestação exterior que permita ao médico conhecer de sua existência; 2º) O consentimento deve ser prestado pela própria pessoa que dispõe do bem jurídico, ou de quem legalmente a represente; 3º) O consentimento deve possuir uma clara representação do tratamento que lhe será ministrado pelo médico. A sua vontade pode não recair sobre os elementos de fato, tal como ocorre quando o paciente não quer submeter-se à intervenção médica, muito menos quando esta represente um resultado danoso para ele ou crie um perigo (perigo de vida). Para a eficácia do consentimento, porém, basta que tenha o consentimento voluntariamente renunciado à tutela de um bem disponível (vontade do próprio comportamento) e que tenha uma clara representação do tratamento médico que lhe será aplicado (consciência da conduta de terceiro no evento); 4º) O consentimento deve ser prestado *ante factum* e subsistir no momento em que o tratamento médico é realizado. O consentimento *post factum*, ou seja, a ratificação do consentimento, não pode assumir qualquer eficácia justificante. Se o consentimento é dado antes, o paciente pode, a qualquer momento, revogá-lo, todavia, se a revogação se dá quando já iniciado o tratamento, o consentimento é válido para justificar o tratamento já realizado; e 5º) o consentimento do paciente, consoante exposição já feita, deve ser livre. O vício, o dolo, a violência e o erro excluem a validade do consentimento.¹³⁸

Segundo Segre, o consentimento esclarecido ou informado é uma expressão do ‘ato autônomo’. Este ato é caracterizado como: “uma decisão, e um ato, sem restrições internas ou externas, com tanta informação quanto exige, e de acordo com a avaliação feita

¹³⁸ SILVA, Carlos Alberto. *O consentimento informado e a responsabilidade civil do médico*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3809&p=3>>. Acesso em: 03/04/2008.

por uma pessoa no momento de tomar a decisão”.¹³⁹

Em ilustre monografia, Roland Riz comenta que:

se nega-se qualquer relevância jurídica ao consentimento, incorre-se no grave perigo de se expor a integridade física e a saúde dos cidadãos a uma unilateral e arbitrária intervenção de um estranho, embora médico, que poderia substituir a vontade própria do titular do direito em tema de direitos personalíssimos, como os são os de liberdade, integridade física ou de saúde.¹⁴⁰

Para a teoria em exame, o que torna lícita a conduta do médico é a vontade do paciente em se submeter a um tratamento, ou, por outras palavras, é a autodeterminação do paciente em renunciar a um bem juridicamente tutelado, consciente da possibilidade de conseqüências lesivas para ele, conseqüências estas ínsitas no tratamento. É o consentimento dado à atuação do médico que estabelece os marcos inicial e final da licitude.

O consentimento esclarecido está na pauta das discussões sobre ética médica na atualidade, e o propósito de se requerer este consentimento é o de promover a autonomia do indivíduo na tomada de decisões com relação a assuntos de saúde e tratamento médico. O direito de consentir ou recusar está baseado no princípio do respeito à autonomia. Para o consentimento ser uma autorização válida, ele deve ser baseado na compreensão e ser voluntário.

A doutrina do consentimento esclarecido é, na verdade, uma doutrina jurídica que apóia muitos dos nossos ideais sobre direitos individuais. Mas a ênfase indevida nas suas origens e funções jurídicas pode eclipsar o fato de que o consentimento esclarecido não é meramente um conceito jurídico, mas também, e, sobretudo, ético e moral.

Na tomada de decisão em conjunto quanto a que tipo de tratamento um paciente receberá, ou se é que receberá algum tratamento, o papel do médico será o de explicar as várias opções de diagnóstico ou tratamento que existem para aquele caso e os riscos e benefícios de cada uma delas. Um “padrão subjetivo” requer do médico uma

¹³⁹ SEGRE, 1991.

¹⁴⁰ RIZ, Roland. *Il Consenso dell’Avente diritto*. Pádua, Cedam, 1979, p. 15.

abordagem informativa apropriada a cada indivíduo. As informações partilhadas devem incluir- mas não se limitar a- objetivos diagnósticos e terapêuticos, os riscos envolvidos no procedimento, alternativas existentes e possibilidades de êxito do tratamento.¹⁴¹

Até que ponto se aplicam os princípios do consentimento esclarecido à recusa de tratamento médico por motivos religiosos? Meise e Kuczewski escrevem que a abordagem descrita acima é bastante apropriada para certos casos, tais como para as recusas de tratamento feitas por adultos capazes e baseadas em convicções religiosas.¹⁴²

Portanto, quando o processo de decisão é assim partilhado, o profissional de saúde age eticamente e demonstra respeito às crenças religiosas e demais valores de seu paciente.¹⁴³

Há várias religiões cujos princípios podem conflitar com alguma forma de tratamento médico ou com o tratamento médico em geral. O caso das Testemunhas de Jeová ilustra a aplicação dos princípios acima tratados.

Por uma questão de consciência religiosa as Testemunhas de Jeová recusam transfusões de sangue alogênico, mas não recusam o tratamento médico em geral. De acordo com Smalley, [...]provavelmente, o aspecto mais bem conhecido das crenças das Testemunhas de Jeová no campo da bioética é a posição delas quanto ao uso de sangue. Elas entendem que a Bíblia proíbe de modo absoluto o uso de componentes sanguíneos, como a albumina, as imunoglobulinas e os preparados para hemofílicos; cabe a cada Testemunha decidir individualmente se deve aceitar esse tipo de tratamento.¹⁴⁴

Da mesma forma, a circulação extracorpórea e a hemodiálise são prontamente aceitas, desde que se use como *primer* soluções isentas de sangue.

Quão importante é esse assunto para as Testemunhas de Jeová? Elas admitem que “a questão [...] envolve os princípios mais fundamentais sobre os quais [as Testemunhas]

¹⁴¹ SILVA, 2004.

¹⁴² MEISEL, A; Kuczewski M. *Legal and myths about informed consent*. Arch Intern Med 1996; p.156.

¹⁴³ PESSINI, 1996, p. 377.

¹⁴⁴ DIXON, JL, SMALLEY, MG. *Jehovah's Witnesses: The Surgical and Ethical Challenge*. J. Am. Assoc. 1981, p. 246.

baseiam suas vidas. A relação com seu Criador e Deus está em jogo”.¹⁴⁵

As crenças das Testemunhas de Jeová - que recusam transfusões de sangue por motivos religiosos ou médicos - servem de fundamento para um sistema moral, para um conjunto de juízos deontológicos sobre o que se deve ou não fazer. Segundo este sistema, a recusa às transfusões constitui uma regra de conduta a ser observada, ainda que a sociedade a ignore ou menospreze.¹⁴⁶

4.4. ‘Autonomia’ no Relacionamento Médico- Paciente

Em seu artigo 46, o Código de Ética Médica, ao tratar das proibições à atuação do médico, aduz ser vedado: “Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente, ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida”.¹⁴⁷

A exceção do “esclarecimento e consentimento prévios do paciente” e situações de iminente perigo de vida, na limitação do poder do médico de tratar, concessão feita à nossa tradição ética, francamente paternalista, não deve ser interpretada como recomendação ao médico para que intervenha sobre o paciente, contrariamente à sua vontade, conforme muitos profissionais querem crer.¹⁴⁸ Trata-se de uma ‘abertura’ legal que permite a violação do direito do paciente, não se podendo, entretanto, ver nessa ‘exceção’ uma recomendação ou obrigação a ser seguida. Mesmo porque, agindo ou deixando de agir, o profissional assumirá plenamente as conseqüências de sua ação, ou omissão, perante a sociedade e a Justiça.

Acresça-se que, sendo ‘saúde’, no conceito da O.M.S., não apenas a ausência de doença, mas o bem estar físico, mental e social do indivíduo, não se pode conceber o

¹⁴⁵ *As Testemunhas de Jeová e a Questão do Sangue*. Cesário Lange, SP: Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1977. (Parecer)

¹⁴⁶ *Ibid*, 1977. (Parecer)

¹⁴⁷ BRASIL, *Código de Ética médica*. Disponível em: < <http://www.cfm.org.br> >. Acesso em: 25/09/2004.

¹⁴⁸ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Transfusão de sangue*. In: Revista jurídica, nº 262, ago./1999, p. 51.

estado de rigidez associado à violação de valores ético-culturais da pessoa. Isto posto, resulta cristalina a seriedade e a pungência do conflito que se cria quando um médico, absolutamente consciente da necessidade de transfundir sangue para salvar uma vida, vê sua iniciativa frustrada pela recusa categórica quanto à sua aceitação, de uma ‘testemunha’, para a qual a introdução de sangue em seu organismo viola a sua própria razão de ser, por ferir frontalmente sua interpretação dos mandamentos divinos.

O conflito existe, justifica-se, mas há que se estabelecer uma mediação entre a decisão do religioso, no que diz respeito à sua vida, e o anseio do médico, escudado na sua ciência e compelido pela reação de dever profissional.¹⁴⁹

As razões de caráter científico apontado pelas Testemunhas de Jeová, na defesa da recusa do sangue são, em sua maioria, aceitáveis, mas não cabem nesta nossa análise. O cerne desta nossa discussão não está, portanto no aspecto técnico da transfusão de sangue, que tem suas contra-indicações e que pode ensejar iatrogenias, mas sim no delineamento da postura ética de não violação da vontade de quem quer que seja.

Foi insistentemente exposta nossa postura ética de respeito à Testemunha de Jeová, adulta, consciente, mentalmente hígida, na sua recusa da transfusão sanguínea. Mesmo no caso de choque, coma, ou outro impedimento à expressão da vontade do paciente, desde que esta (vontade) tenha sido anteriormente documentada, somos da opinião de que o médico não deva afrontá-la ainda que o Código de Ética Médica vigente lhe propicie a faculdade de intervir, em situações de risco iminente de vida.

Uma grande inovação acrescentada ao Novo Código Civil são os “Direitos da Personalidade”, presentes no Capítulo II do Título I, que trata das ‘Pessoas Naturais’. A normatização dos direitos da personalidade tem como escopo proteger a individualidade. Assim, reza o artigo 15: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

¹⁴⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil do Médico*, Rev. dos tribunais, p. 163. Sobre o assunto.

Por meio deste dispositivo, ficou mais claro ainda a necessidade do consentimento do paciente, não podendo o médico atuar sem levar em conta a vontade do paciente.

Estabeleceu o artigo 12 do mesmo ordenamento que, que quem sofrer ameaça ou lesão a direito de personalidade, poderá reclamar perdas e danos. Fica claro, portanto, a possibilidade do médico ter que indenizar um paciente caso o obrigue, contra sua vontade, a transfundir sangue.

Desta forma, consolidou-se o que já era de se esperar, que em havendo risco de vida, e o paciente já tiver esclarecido acerca de sua vontade de não querer uma transfusão de sangue, seu desejo deverá ser respeitado. A vida, já em risco, mesmo na possibilidade de prolongá-la por meio dessa terapia, se não é da vontade do paciente, o médico não poderá obrigá-lo a aceitar sangue. Vemos, dessa forma, que o sangue, não salva a vida, até mesmo porque, independente ou não do mesmo, a vida do paciente já está em risco. Nesses casos, o médico poderá seguir a orientação de prover alternativas ao tratamento, que muitas vezes trazem resultados similares, ou até mesmo melhores do que o esperado.

CONCLUSÃO

Ao final desta pesquisa, estamos certos que, de alguma forma, esta poderá contribuir para um esclarecimento da grande discussão existente no meio médico e entre os juristas, que muitas vezes discordam sobre a posição que deve o paciente tomar ao se deparar entre a escolha de um tratamento médico conflitante com suas convicções religiosas. O direito do paciente de escolher o tratamento médico não é interesse apenas da pessoa do enfermo, mas também da classe médica, que ao informar sobre as alternativas ao tratamento sem sangue, poderá contar com as prerrogativas legais para a proteção do exercício de suas atividades terapêuticas.

A vida, a qual inclui não apenas os aspectos materiais, mas sobretudo aspectos morais e espirituais, objetiva ser preservada; não sendo diferente com aqueles, que por motivo de convicção pessoal, não querem assumir riscos próprios de um determinado tratamento, recusando-o; como ocorre com as Testemunhas de Jeová.

A proteção à vida, e o direito à liberdade de escolha são pressupostos fundamentais de todos os outros direitos. Aqueles que optam pela escolha de um tratamento sem o uso do sangue, não estão escolhendo o direito de morrer, antes, preferem uma alternativa ao tratamento, que respeite sua posição religiosa.

Isso tem como base a dignidade da pessoa humana, em que o constituinte quis assegurar a todos uma existência digna, conforme seus valores éticos e morais.

Assim, a ciência médica, visando adaptar-se a essa opção, tem alcançado grandes avanços, resultando em benefícios para todos aqueles que algum dia venham a precisar se submeter a tratamentos médicos. Já é comprovado que a recuperação de pacientes em cirurgias sem o uso de sangue é muito melhor e mais rápida.

Em casos específicos, observamos que podem existir conflitos de normas, em que caberá ao intérprete buscar o equilíbrio, não por excluir uma das normas em que há

contradição, mas antes, por procurar a convivência de ambas as normas, como foi demonstrado pelo princípio da cedência recíproca.

Sabemos que ainda resta muita incerteza em relação à prática médica, apesar do grande avanço da medicina. Isso se verifica nas mais variadas opiniões dadas pelos especialistas a um mesmo caso. Também, as complicações (de doenças como AIDS, hepatite, reações do tipo hemolítico, leucoaglutinante e alérgico) relacionadas às transfusões de sangue, tem feito com que os médicos reduzam significativamente o uso do sangue, até mesmo evitando-o completamente.

Assim, diversos tratamentos alternativos já estão à disposição do paciente, e o médico tem o dever de informá-lo dessas opções (como por exemplo a recuperação intraoperatória do sangue, a hemodiluição e o uso da eritropoetina, os quais foram tratados no decorrer do capítulo três).

Não estará desrespeitando a ética médica o médico que respeita o desejo do paciente à escolha esclarecida de um tratamento, pois estará prestando a assistência necessária ao paciente. O consentimento esclarecido, manifesto expressa ou tacitamente, e feito de forma livre e espontânea pelo paciente é um pressuposto fundamental para a licitude da conduta do médico.

Dessa forma, o novo Código Civil inovou ao garantir o Direito de Personalidade, que diz respeito à vida, à liberdade física, intelectual, à saúde, e a honra da pessoa humana. Em seu artigo 15 ficou claro que se o paciente tiver esclarecido o médico sobre sua vontade de querer um tratamento alternativo a uma transfusão de sangue, seu desejo deverá ser respeitado, estando o médico sujeito a perdas e danos, caso aja de forma contrária à vontade do paciente.

Portanto, ao concluirmos este estudo, verificamos que todas as pessoas têm o direito, como cidadãos livres, que sua vontade de escolher tratamento médico sem sangue e a inviolabilidade de sua pessoa sejam assegurados como valores supremos de uma sociedade

fraterna, pluralistas e sem preconceitos. Embora a medicina moderna talvez possa ajudar-nos a prolongar a nossa vida por algum tempo, certamente as Testemunhas de Jeová não desejariam prolongar sua vida atual por violarem sua consciência cristã, ou por desagradarem a Deus. Dessa forma, todos que buscam a justiça devem se esforçar a livrar-se de quaisquer preconceitos que talvez possam ter para que possam compreender e até mesmo apoiar as escolhas pessoais dos outros.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, A. de. *Lições de Medicina Legal*. Rio: Ed. Nacional de Direito, 1967.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional do Transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARBOSA, Ruy. *República: Teoria e Prática*. Brasília: Vozes/Câmara dos Deputados, 1978.

BASTOS, Celso. *Princípio Constitucional da dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BRUMLEY, Philip; DEL CLARO, José Claudio. *Por que respeitar a escolha de tratamento médico sem sangue*. Watchtower Bible and Tract Society of New York, Inc., 1994.

CANOTILHO, I. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

Constituição Federal Brasileira. São Paulo: Saraiva, 2001.

COUTINHO, Leo Meyer. *Código de Ética Médica Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

D'AVACK, Piero Agostino. *Liberta di coscienza, di culto e di propaganda, Enciclopédia Del Diritto*, Pádua: Cedam, 1974, vol. XXIV

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Freitas Bastos, 1986.

DEVINE, Richard. *Salve o Corpo, Perca a Alma (trad. Save the Body, Lose the Soul)*. Artigo publicado pela Health Progress, 1989. Páginas. 68-72.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. São Paulo: RT, 1994.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984.

PANASCO, Wanderley Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio: Forense, 1979.

PIERANGELI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido – na Teoria do Delito*. 3ª ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SEGRE, Marco. *Situação ético- jurídica em face da recusa do paciente- religioso na aceitação de transfusões de sangue*. Parecer emitido pelo professor titular da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, 1991.

SOUZA, Zelita da Silva. *A Ética Médica e o respeito às Crenças Religiosas*. Disponível em: www.cfm.org.br/revista.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán (parte general)*. Trad. Española de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Péres. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1976.